

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/91377>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

De horizontale werking van het (primaire) recht van de Europese Unie en het Nederlandse vermogensrecht

Arthur Hartkamp*

De paragrafen 1 en 2 zijn gemeenschappelijk voor de preadviezen over Nederlands en Belgisch recht. Zij zijn geschreven door A.S. Hartkamp, met inbreng van W. Devroe en J. Stuyck

§ 1 Inleiding

1.1 Het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), in werking getreden in 2009 (opvolger van het EG-Verdrag), bevat bijna uitsluitend rechtsnormen van staats- en administratiefrechtelijke aard. Voor een belangrijk deel bestaat het verdragsregime uit voorschriften in gebods- of verbodsvorm voor het gedrag van nationale overheden. Bij de voorzieningen voor een gemeenschappelijk mededingingsregime treft men gedragsvoorschriften voor ondernemingen aan, die tot voor kort bijna uitsluitend bestuursrechtelijk werden afgedwongen.¹

Slechts één verdragsbepaling is expliciet van privaatrechtelijke aard. Art. 101 lid 2 VWEU verklaart concurrentiebekennende overeenkomsten, ‘kartels’, nietig. Naar Nederlandse opvatting bevat ook art. 340 VWEU privaatrecht. Die bepaling verplicht de Unie tot vergoeding van door haar instellingen of personeelsleden veroorzaakte schade overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben. Er zijn ook lidstaten waar deze materie – de onrechtmatige overheidsdaad – niet tot het privaatrecht wordt gerekend.

1.2 Tegen deze achtergrond is het opmerkelijk dat het Verdrag in een veel ruimere mate dan op deze twee punten ook voor het privaatrecht een belangrijke betekenis heeft gekregen. De invloed van het Unierecht op het privaatrecht is zowel via de wetgeving (*infra*, § 1.3) als via de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna ook ‘Hof van Justitie’ of ‘Hof’; *infra*, § 1.4) gelopen.

* A.S. Hartkamp is hoogleraar Europees privaatrecht, Radboud Universiteit; voormalig procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.

1 P.J.G. Kapteyn en P. Verloren van Themaat (red.), *Het recht van de Europese Unie en van de Europese gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 49 e.v. (Timmermans). Private afdwinging van mededingingsrecht wint nu zeer snel aan belang. Zie daarover o.m. T. Schoors, T. Baeyens en W. Devroe, ‘Schadevergoedingsacties na kartelinbreuken’, *NJW* 2011, p. 198-213.

1.3 De art. 114 en 115 VWEU verklaren de Uniewetgever bevoegd tot het vaststellen van maatregelen (richtlijnen of verordeningen) over de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen van de lidstaten die de werking van de interne markt betreffen. In andere verdragsartikelen vindt men ook meer specifieke bevoegdheidsgrondslagen. Voor dit preadvies kan met name worden verwezen naar art. 169 VWEU: het Europees Parlement en de Raad kunnen (volgens de gewone wetgevingsprocedure) ook maatregelen nemen die niet noodzakelijk betrekking hebben op de interne markt, maar die het beleid van de lidstaten ter bescherming van consumenten ondersteunen, aanvullen of controleren. Van deze bevoegdheid is tot nu toe nauwelijks gebruik gemaakt.

Op basis van art. 114 VWEU (en voorheen de daarmee overeenstemmende art. 95 EG-Verdrag en 100a EEG-Verdrag) zijn belangrijke harmonisatiemaatregelen op privaatrechtelijk gebied genomen. De meeste ervan situeren zich op het gebied van het consumentenrecht, zoals consumentenkoop, consumentenkrediet, oneerlijke bedingen, en verkoop op afstand. Enkele slechts betreffen handelsrelaties: handels-agentuur en betalingachterstand. Ook op het gebied van het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht is in EU-verband belangrijke wetgeving tot stand gekomen. Zolang zij getrouwelijk door de wetgevers van de lidstaten in nationale wetgeving wordt omgezet, stelt deze richtlijnwetgeving de rechtstoepasser niet voor grote problemen. Vindt omzetting niet, niet correct of met overschrijding van de in de richtlijn vermelde implementatietermijn plaats, dan rust op de nationale rechters de soms moeilijke taak om het nationale recht in de zin van de richtlijn uit te leggen, alsmede om te bepalen in hoeverre aan de burgers een rechtstreeks beroep jegens de overheid op de richtlijn toekomt.

1.4 Het Hof van Justitie heeft (afgezien van de uitleg van richtlijnbepalingen) langs twee wegen in het privaatrecht ingegrepen. Enerzijds heeft het een aantal belangrijke bepalingen van het Verdrag aldus uitgelegd dat zij rechtstreeks van toepassing zijn geworden op rechtsverhoudingen tussen burgers, anders gezegd dat zij aan burgers rechten toekennen en verplichtingen opleggen jegens medeburgers. Men spreekt hier van horizontale werking van verdragsbepalingen, en wel van *directe* horizontale werking. Deze directe werking moet worden onderscheiden van *indirecte* horizontale werking. Dit laatste begrip is echter diffuus; er worden allerlei betekenissen aan toegekend. In het navolgende wordt hierop ingegaan.

De andere weg waarlangs de rechtspraak het privaatrecht beïnvloedt, is die van de algemene beginselen van Unierecht. Tot het ontwikkelen van deze beginselen heeft het Hof van Justitie zich bevoegd geacht op grond van art. 19 lid 1 tweede zin VWEU, dat het Hof de opdracht geeft bij de uitleg en de toepassing van het verdrag 'de eerbiediging van het recht' te verzekeren. De beginselen hebben grotendeels een publiekrechtelijke inslag, hetgeen gelet op de sociaal-economische en bestuurlijke achtergrond van de Europese samenwerking niet verwonderlijk is. Zij dienen er in dat kader voornamelijk toe om de legaliteit van wetgeving en andere handelingen van de Unie en de lidstaten te toetsen. Maar de beginselen laten het privaatrecht niet onberoerd. In het bijzonder het effectiviteitsbeginsel – inhoudende dat aan het Unierecht en de daarin toegekende rechten volle werking moet worden verleend – is

hier van groot belang gebleken. Dit beginsel oefent zijn werking op verscheidene wijzen uit.² Het heeft aan de wieg gestaan van belangrijke privaatrechtelijke ontwikkelingen zoals de aansprakelijkheid van lidstaten voor handelingen in strijd met het Unierecht (Francovich-aansprakelijkheid),³ de aansprakelijkheid van particulieren voor schendingen van het kartelrecht (Courage/Crehan-aansprakelijkheid),⁴ en onlangs nog de erkenning van de aansprakelijkheid van de Unie krachtens ongerechtvaardigde verrijking.⁵ Ook aan de algemene beginselen van Unierecht komt binnen zekere grenzen directe of indirecte horizontale werking toe.⁶

1.5 Gezien de aard van het Unierecht, zoals neergelegd in het EU-Werkingsverdrag, behoefde de gemiddelde civilist zich doorgaans niet om het Europese recht te bekommeren. Onder de invloed van de richtlijnen is dat weliswaar veranderd, maar die problematiek is voor civilisten nog enigszins overzichtelijk, omdat richtlijnen pas gelding tussen burgers verkrijgen nadat zij zijn omgezet in een nationale wet; over het algemeen verschilt de omgang daarmee niet wezenlijk van de omgang met zuiver nationale wetgeving.

Geheel anders is de situatie geworden door de hierboven genoemde interventies van het Europese Hof van Justitie. Rechtspraakrecht is naar zijn aard moeilijker te begrijpen en op te sporen dan in de wet neergelegd recht, en dat wordt sterker naarmate de rechterlijke uitspraken algemener van karakter zijn, in het bijzonder omdat zij toepassing geven aan open normen (zoals goede trouw, onzorgvuldigheid, openbare orde e.d.) of aan algemene rechtsbeginselen (zoals misbruik van recht, ongerechtvaardigde verrijking of non-discriminatie). Civilisten zijn uiteraard aan dit soort uitspraken van de nationale rechter gewend en kunnen de betekenis daarvan overzien voor zover zij betrekking hebben op de uitleg en ontwikkeling van het nationale privaatrecht. Maar dat is niet het geval wanneer het gaat om uitspraken op het gebied van het Europese recht, dat reeds als zodanig voor de meeste civilisten terra incognita is. Evenzeer problematisch is het wanneer algemene normen uit het economische recht zodanig worden uitgelegd en toegepast dat zij betekenis verkrijgen voor het privaatrecht; juist dit is gebeurd met de rechtspraak van het Hof van Justitie op het gebied van de vrijverkeerbepalingen. Men denke aan recente

2 Zie voor een overzicht Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Vermogensrecht algemeen, I, Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011 (hierna: Asser/Hartkamp 3-I* 2011) nr. 109 e.v.

3 Zie C.H. Sieburgh, 'Het Europese gemeenschapsrecht en het Nederlandse buiten-contractuele aansprakelijkheidsrecht', in A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deel I Algemeen Deel*, Deventer: Kluwer 2007, p. 465 e.v., p. 486 e.v. (hierna: Hartkamp/Sieburgh/Keus I); R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007.

4 Zie C.H. Sieburgh (vorige noot), p. 514 e.v. Deze aansprakelijkheid kan ook bestaan bij schendingen door particulieren van ander horizontaal direct werkend gemeenschapsrecht. In het navolgende zullen daarvan voorbeelden worden gegeven.

5 HvJ EG 16 december 2008, Masdar/Commissie, C-47/07 P, Jurispr. 2008, p. I-9761, NJ 2009, 163 m.nt. M.R. Mok, punt 44 e.v. Zie over dit onderwerp A.S. Hartkamp, 'Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling in het Europese gemeenschapsrecht', in Hartkamp/Sieburgh/Keus I, p. 541 e.v.

6 Zie A.S. Hartkamp, 'The General Principles of EU Law and Private Law' (Zwölfte Ernst Rabel-Vorlesung, 2010), *Rabels Zeitschrift* 2011, p. 241-259.

uitspraken van het Hof waarin de mogelijkheid is erkend dat een staking in strijd is met de vrijheid van vestiging of de vrijheid van dienstverlening;⁷ of dat een door een werkgever bij sollicitaties gehanteerde regel inzake talenkennis in strijd is met de vrijheid van werknemersverkeer.⁸ Dergelijke vragen duiken in steeds meer situaties op; men denke aan de bankgaranties afgegeven door het Rotterdamse havenbedrijf (strijd met de staatssteunregels?)⁹ of aan de zogenoemde ‘gouden aandelen’ en aan de beperking in de statuten van de vennootschap die de kerncentrale in Borssele beheert, dat de aandelen alleen in publieke handen mogen zijn (strijd met de vrijheid van kapitaalverkeer?).¹⁰

Het gaat hier om ontwikkelingen waarvan de kennis voor beoefenaars van het privaatrecht van grote betekenis is. Dit wordt nog geaccentueerd door rechtspraak van het Hof van Justitie die betrekking heeft op de verplichting van de nationale rechter om bepaalde regels van Unierecht ambtshalve toe te passen, dus zonder dat daarop door een der partijen in de procedure een beroep is gedaan. Het is niet duidelijk hoe ver die verplichting gaat en in welke gevallen zij bestaat.¹¹ Gezien het grote praktische belang van deze vragen is een nauwkeurige bestudering hiervan noodzakelijk. Het probleem is dat in het Europese recht geschoolde juristen doorgaans het privaatrecht niet meester zijn, en andersom. Ontwikkeling van de gecombineerde kennis van beide rechtsgebieden is dan ook dringend noodzakelijk.

1.6 Literatuur hierover is grotendeels afwezig, zowel in Nederland als in de andere EU-lidstaten. Weliswaar zijn er thans aan verschillende universiteiten leerstoelen in het Europese privaatrecht, en worden er ook boeken over dat onderwerp geschreven, maar die gaan bijna zonder uitzondering over iets anders dan de hierboven aangestipte problematiek. Voor zover zij over geldend recht gaan, gaan zij over richtlijnen, in het bijzonder de richtlijnen op het gebied van het consumentenrecht. Maar meestal gaan zij niet over geldend recht, maar over toekomstig recht, preciezer: over recht dat niet geldt en waarvan niet zeker is of het ooit zal gelden; te denken is aan een toekomstige codificatie in Europees verband van het algemene deel contractenrecht.

Wel publiceerde de Commissie recent de zogenoemde ‘Feasibility Study’,¹² het werk van de door haar in 2010 aangestelde expertgroep die tot opdracht had de Commissie bij te staan in het ontwikkelen van een mogelijk toekomstig instrument

7 HvJ EG 11 december 2007, ITWF/Viking, C-438/05, Jurispr. 2007, p. I-10779, NJ 2008, 149 m.nt. M.R. Mok; HvJ EG 18 december 2007, Laval/Vakbonden, C-341/05, Jurispr. 2007, p. I-11767, NJ 2008, 150 m.nt. M.R. Mok.

8 HvJ EG 3 oktober 2000, Ferlini/Centre Hospitalier de Luxembourg, C-411/98, Jurispr. 2000, p. I-8081; HvJ EG 6 juni 2000, Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano, C-281/98, Jurispr. 2000, p. I-4139, NJ 2000, 710.

9 HR 28 mei 2010, LJN BL4082, NJ 2010, 299 (Residex Capital IV CV/Gemeente Rotterdam).

10 HR 21 januari 2011, LJN BO5290, RvdW 2011, 136 (Essent/Delta).

11 Zie daarover onder meer A.S. Hartkamp, ‘De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter’, *Trema* 2010, p. 136-143.

12 A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders’ and legal practitioners’ feedback, website EC., DG Justitie.

inzake Europees contractenrecht. Deze studie bevat 189 artikelen op het gebied van het algemeen verbintenissenrecht, met een nadruk op koopcontracten en daarmee verband houdende dienstencontracten. De expertgroep baseerde zich vooral op het ‘Draft Common Frame of Reference’, dat veel omvattender is en dat werd opgesteld door enkele groepen academici (onder leiding van C. Van Bar en H. Schulte-Nölke). Uit verklaringen van de verantwoordelijke commissaris Reding¹³ kan worden afgeleid dat de Commissie denkt aan een optioneel instrument, een soort 28^e regime dat door partijen bij grensoverschrijdende contracten zou kunnen worden gekozen in plaats van het (volgens de normale IPR-regels) toepasselijke recht van een lidstaat. De (aangepaste) tekst van de expertgroep zou de bijlage kunnen vormen van een verordening die onder meer het toepassingsgebied van het instrument en zijn verhouding tot de IPR-regels van de Rome I- en Rome II-verordeningen zou regelen.

Over de hierboven geschetste problematiek van de directe doorwerking van Europees recht in het nationale privaatrecht bestaat zoals gezegd nog weinig literatuur.¹⁴ Daarbij verdient het volgende aandacht. Het gaat er niet alleen om te onderzoeken wat het leerstuk van de directe doorwerking van Europees recht in het privaatrecht vanuit de optiek van het Europese recht (regelgeving en rechtspraak) inhoudt, maar ook om hoe daarmee in de nationale rechtssfeer wordt omgegaan. In het in voetnoot 2 genoemde boek wordt dit voor het Nederlandse recht aan de hand van een aantal uitspraken van (vooral) de Hoge Raad onderzocht. Een dergelijk onderzoek is ook nodig voor de rechtspraak in de andere EU-lidstaten. Dat is in november 2010 erkend door het bestuur van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, dat daarom voor de preadviezen 2011 dit onderwerp heeft uitgekozen. Inmiddels is besloten om een bredere Europese studie over dit onderwerp te entameren, die moet uitmonden in een *Ius Commune Casebook on the Common Law of Europe*.¹⁵

1.7 In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de begrippen directe en indirecte horizontale werking. In de daarna volgende paragrafen wordt de problematiek toegespitst op de consequenties van de horizontale werking van het Unierecht voor het nationale recht, met name de wijze waarop de nationale rechter daarmee omgaat in het kader van het algemene vermogensrecht. Zie nader § 2.11. Terwijl in het preadvies over Nederlands recht de invloed van primair Unierecht op nationaal recht centraal staat, neemt in het preadvies over Belgisch recht – mede omwille van het gebrek aan (gevonden) relevante rechtspraak daarover en de professionele ervaring van de preadviseurs – secundair Unierecht een belangrijkere plaats in.

13 Zie V. Reding, in: R. Schulze en J. Stuyck (red.), *Towards a European Contract Law*, München: Sellier 2001, in druk.

14 Zie het in noot 2 genoemde werk. Voor een beknoptere studie zie L.A.D. Keus, *Europees privaatrecht*, Monografieën BW A30, Deventer: Kluwer 2010.

15 Zie www.casebooks.eu, onder work in progress, horizontal effects.

§ 2 De begrippen directe en indirecte horizontale werking

Directe horizontale werking

2.1 Onder directe horizontale werking wordt in dit preadvies¹⁶ verstaan het geval dat een verdragsbepaling of een algemeen beginsel van Unierecht¹⁷ rechtstreeks van invloed is op rechtsverhoudingen tussen particulieren, dat wil zeggen dat de bepaling of het beginsel leidt tot het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van rechten en verplichtingen in hun onderlinge verhouding. Dat kan onder meer betekenen dat wegens strijd met een verdragsbepaling een door partijen gesloten overeenkomst nietig is of een gedraging van een burger een onrechtmatige daad jegens een andere burger oplevert. Van beide geef ik hierna enige voorbeelden.

Wat nietigheid betreft, zoals reeds opgemerkt, spreekt het verdrag die sanctie uitdrukkelijk uit in art. 101 lid 2 VWEU. In andere gevallen heeft het Hof van Justitie directe werking in deze zin aan een verdragsbepaling gegeven. Dat is bijvoorbeeld gebeurd met art. 157 VWEU, bepalende dat iedere lidstaat ervoor zorg draagt dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast. Het Hof besliste dat de bepaling ‘dwingend recht is zodat het verbod van discriminatie niet slechts geldt voor overheidshandelingen, doch eveneens van toepassing is op alle overeenkomsten die een collectieve regeling van arbeid in loondienst inhouden, alsmede op contracten tussen particulieren’.¹⁸

Het is ook gebeurd met de vrijheden van personen- en dienstenverkeer. Baanbrekend is hier geweest het arrest Walrave inzake een reglementsbeplating van de internationale wielrenunie, die in strijd werd geacht met het vrije personenverkeer. Het Hof besliste dat ‘de opheffing tussen de lidstaten van belemmeringen voor het vrije verkeer van personen en het vrij verrichten van diensten – fundamentele doelstellingen van de gemeenschap, vermeld in art. 3 sub c van het (EG) verdrag –, in gevaar zou worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kan worden ontkracht door belemmeringen voortvloeiend uit krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen verrichte handelingen’.¹⁹ Derhalve strekt art. 45 VWEU zich ook uit tot overeenkomsten en regelingen die niet van het openbaar gezag uitgaan, zodat,

¹⁶ Zie uitvoeriger A.S. Hartkamp, ‘De werking van het EG-Verdrag in privaatrechtelijke verhoudingen. Opmerkingen over directe en indirecte horizontale werking van het primaire gemeenschapsrecht’, *Mededelingen van de Afdeling Letterkunde van de Koninklijke Akademie van Wetenschappen*, Nieuwe reeks, deel 72 nr. 1 (2009), p. 5-32; ook verschenen in WPNR 2009, 6792, p. 251-264.

¹⁷ Zoals aangegeven, handelt het preadvies over Nederlands recht over primair Unierecht, terwijl secundair Unierecht een belangrijkere plaats inneemt in het preadvies over Belgisch recht. Verordeningen en richtlijnen blijven in het preadvies over Nederlands recht in beginsel buiten beschouwing. Aan verordeningen komt in beginsel directe horizontale werking toe, aan richtlijnen niet. Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 156 e.v., 191 e.v. Zie over richtlijnen ook hierna § 2.6 en 2.10. Zie over de concentratieverordening hierna § 3.5. Alleen in § 8 (ambtshalve toepassing) wordt mede ingegaan op richtlijnen (§ 8.6-8.9) en verordeningen (noot 157).

¹⁸ HvJ EG 8 april 1976, Defrenne/Sabena (I), 43/75, Jurispr. 1976, p. 455, NJ 1976, 510.

¹⁹ HvJ EG 12 december 1974, Walrave en Koch/Wielerbonden, 36/74, Jurispr. 1974, p. 1405, NJ 1975, 148.

naar het Hof uitdrukkelijk overwoog, ook niet-collectieve overeenkomsten tussen particulieren zijn betroffen.

Terwijl het Hof in het arrest Walrave en latere sportarresten de art. 45, 49 en 56 VWEU (vrij verkeer van werknemers, recht van vestiging en vrijheid van dienstverlening) van toepassing verklaarde op, onder meer, collectieve regelingen en later in de zaken Viking en Laval²⁰ art. 49 (vestiging) respectievelijk art. 56 (dienstverlening) op collectieve acties (van vakbonden), bevestigde het Hof in het arrest Angonese dat het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in art. 45 (vrij verkeer van werknemers) ook in individuele privé(arbeids)relaties kan worden ingeroepen.²¹

2.2 Er zij op gewezen dat niet steeds duidelijk is of het aan de directe horizontale werking te verbinden gevolg – in casu nietigheid van de rechtshandeling – uit het EU-recht voortvloeit of dat de vaststelling van dat gevolg aan het nationale recht wordt overgelaten. Er kan uit de rechtspraak van het Hof niet worden afgeleid welk privaatrechtelijk gevolg aan de directe werking van de bepaling van Unierecht in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen moet worden vastgeknoopt. De nietigheid – een sanctie die naar Nederlands en Belgisch recht lijkt te moeten worden toegepast op een privaatrechtelijke regeling die in strijd is met een dwingende en inroepbare (direct werkende) bepaling van Unierecht – lijkt vanuit het Unierecht beslist een effectieve sanctie (conform het effectiviteitsbeginsel), maar ook andere (nationale) varianten van niet-afdwingbaarheid komen hiervoor in aanmerking, zo blijkt uit de EU-consumumentenrichtlijnen.

Indien de vaststelling van het aan de directe werking te verbinden gevolg aan het nationale recht wordt overgelaten, vloeit naar Nederlands recht de nietigheid voort uit art. 3:40 lid 2 BW. Het Belgisch B.W. (Code Napoléon) bevat geen algemene nietigheidssanctie. Als algemene regel geldt ‘pas de nullité sans texte’ (zo wordt de nietigheid van een onrechtmatig beding vermeld in artikel 75 § 1 van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming). Een overeenkomst kan nietig zijn bij aanwezigheid van een wilsgebrek (dwaling, bedrog, geweld). Dan spreekt men van relatieve nietigheid. Een overeenkomst die in strijd is met een regel van openbare orde of goede zeden (art. 6 en 1108 B.W.) is absoluut nietig.²²

Of het aan strijdigheid te verbinden gevolg nu uit het EU-recht voortvloeit dan wel volgens nationaal recht moet worden vastgesteld, in beide gevallen moet van directe horizontale werking van het verdragsrecht worden gesproken.

2.3 Dat directe horizontale werking ook tot onrechtmatigheid van handelingen van burgers kan leiden, blijkt in de eerste plaats uit het arrest Courage/Crehan,²³

20 Zie noot 7.

21 HvJ EG 6 juni 2000, Angonese/Cassa di risparmio di Bolzano, C-281/98, Jurispr. 2000, p. I-4139, NJ 2000, 710; noot J. Stuyck in SEW 2001, p. 111-118.

22 Relatieve nietigheid kan enkel door de benadeelde worden ingeroepen, absolute nietigheid kan door eenieder worden ingeroepen, ook ambtshalve door de rechter.

23 HvJ EG 20 september 2001, Courage Ltd./Bernard Crehan, C-453/99, Jurispr. 2001, p. I-6297, NJ 2002, 43.

waar het ging om een schending van art. 101 VWEU: een brouwerij verplichtte een 'gelieerde' caféhouder tot exclusieve afname van bier. In het arrest heeft het Hof de vordering tot schadevergoeding van de caféhouder tegen de brouwerij ter zake van de te hoge koopprijs van het bier erkend. Het Hof heeft de aansprakelijkheid van de brouwerij afgeleid uit het effectiviteitsbeginsel. De volle werking van art. 101 VWEU, en in het bijzonder het nuttig effect daarvan, zou worden verminderd indien 'niet eenieder vergoeding kon vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen'. In dit verband herinnerde het Hof aan de verplichting van de nationale rechter om de volle werking van het Unierecht te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten te beschermen.

Terwijl het arrest *Courage/Crehan* een contractuele vordering betrof, vorderden de eisers in de zaak *Manfredi* (consumenten)schade die zij hadden geleden naar aanleiding van een overeenkomst (een kartel tussen verzekeraars) waarbij zij geen partij waren.²⁴

De aansprakelijkheid van particulieren kan ook bestaan voor schendingen van verdragsbepalingen en andere regels met directe horizontale werking die buiten het mededingingsrecht vallen. Dit blijkt uit de uitspraken in de zaken *Viking* en *Laval* inzake geschillen tussen ondernemingen en vakbonden over de rechtmatigheid van collectieve acties.²⁵ De ondernemingen betoogden dat deze acties onrechtmatig waren wegens inbreuk op art. 49 VWEU en art. 56 VWEU inzake de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, waarop zij vorderingen tot verbod en schadevergoeding baseerden. Het Hof oordeelde dat deze verdragsbepalingen ook voor een collectieve actie van vakbonden gelden en dat een zodanige actie een beperking van die vrijheden oplevert, die derhalve in beginsel is verboden. Maar de beperking kan gerechtvaardigd zijn indien zij een rechtmatig doel – bestaande in de behartiging van een algemeen belang – dient en aan het proportionaliteitsvereiste voldoet. Het stakingsrecht, dat onder meer blijkt uit het Europees Sociaal Handvest als een grondrecht moet worden beschouwd, kan uiteraard een zodanig rechtmatig belang dienen.²⁶

2.4 Directe horizontale werking kan ook andere privaatrechtelijke gevolgen dan de hierboven genoemde hebben. Zo kan een verdragsbepaling leiden tot het ontstaan van een vordering uit onverschuldigde betaling of uit ongerechtvaardigde verrijking; ofwel een verdragsbepaling kan een burger beperken in de uitoefening van absolute rechten die hij krachtens het nationale privaatrecht heeft. Het is van belang erop te wijzen dat zodra aan een bepaling directe horizontale werking is toegekend, zij in beginsel tot een verscheidenheid aan privaatrechtelijke gevolgen kan leiden. Wanneer bijvoorbeeld een arrest van het Hof aan een verdragsbepaling

24 HvJ 13 juli 2006, *Manfredi/Lloyd Adriatico*, C-295/04-298/04, *Jurispr.* 2006, p. I-6619, NJ 2007, 34 m.nt. M.R. Mok. Zie hierover ook J. Stuyck in *European Review of Contract Law* 2005, p. 228-239.

25 Zie noot 7.

26 Zie reeds in die zin HvJ EG 12 juni 2003, *Schmidberger/Oostenrijk*, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, NJ 2004, 56, AA 2003, p. 875 m.nt. K.J.M. Mortelmans, punt 74 in verband met de vrijheid van demonstratie.

directe horizontale werking heeft toegekend in de context van een daarmee strijdige overeenkomst, is daarmee in beginsel gegeven dat een feitelijke handeling in strijd met die bepaling een onrechtmatige daad kan opleveren, zodat daarop een vordering tot schadevergoeding of tot verbod kan worden gebaseerd.²⁷

2.5 Hierboven werd vastgesteld dat directe horizontale werking gevolgen heeft voor verschillende onderdelen van het privaatrecht. Genoemd werden nietigheid van contracten, onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking, uitoefening van absolute rechten. Van andere aard is wat ik ‘vervolgvrage’ zou willen noemen: vragen die rijzen nadat is vastgesteld dat een bepaling van Unierecht directe horizontale werking heeft.

De eerste is de processuele dimensie en is bekend als de vraag van de ambtshalve toepassing. Indien een verdragsbepaling – bijvoorbeeld het kartelverbod, een discriminatieverbod of de vrijheid van werknemersverkeer – directe horizontale werking heeft, betekent dat dan dat de nationale rechter in een voor hem aanhangig geschil die bepaling ook moet toepassen indien partijen daarop geen beroep doen? Op dit vraagstuk van de ambtshalve toepassing zal later in dit preadvies worden ingegaan.

Een andere vervolgvraag is de uitleg-dimensie. Is de nationale rechter gehouden een rechtshandeling, in het bijzonder een overeenkomst, waarvan niet duidelijk is of de inhoud in overeenstemming is met een direct werkende bepaling van Unierecht, in overeenstemming met die bepaling uit te leggen? Het belang is evident: als de desbetreffende bepaling een daarmee strijdige rechtshandeling met nietigheid treft, is de verdragsconforme interpretatie de aangewezen weg om haar voor nietigheid te behoeden. Op dit terrein bestaat nog weinig duidelijkheid. Zelfs is onzeker of het hier wel een ‘vervolgvraag’ betreft: verdedigbaar (en verdedigd) is ook dat de eventuele gehoudenheid van de nationale rechter tot verdragsconforme interpretatie los staat van de vraag of het gaat om een bepaling die directe horizontale werking heeft.²⁸

2.6 Uiteraard kan een norm die directe horizontale werking heeft – men denke bijvoorbeeld aan het reeds genoemde gelijkheidsbeginsel van art. 157 VWEU – ook werken in een rechtsverhouding tussen overheid en burger; men denke aan een arbeidsovereenkomst waarbij de werkgever een overheidsorgaan is. In de gebruikelijke Europeesrechtelijke terminologie wordt dit gebracht onder het begrip verticale (directe) werking. Dat begrip wordt namelijk in alle gevallen gebruikt waarin een burger zich tegenover de overheid op een bepaling van Unierecht kan beroepen, ook bijvoorbeeld in het geval waarin een burger zich in een geschil met zijn nationale overheid beroept op strijdigheid van een (nationale) regeling met Unierecht. Aan de desbetreffende norm (bijvoorbeeld art. 157 VWEU) kan dus tegelijkertijd zowel directe *verticale* werking als directe *horizontale* werking toekomen.

Deze terminologie kan tot verwarring leiden. Zo is de verticale werking bijvoorbeeld ook bekend in het geval van de niet geïmplementeerde richtlijn, die de burger

²⁷ Vgl. de zaak *Courage/Crehan* (noot 23).

²⁸ Zie daarover Asser/Hartkamp 3-1* 2011, nr. 101 e.v., 190.

rechten beoogt toe te kennen tegen de overheid. Het Hof van Justitie heeft aanvaard dat de overheid die een richtlijn niet, niet tijdig of niet correct implementeert, daarvan niet mag profiteren, zodat de burger – mits de richtlijn zich voor directe werking leent, dat wil zeggen dat de desbetreffende bepalingen onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn – zich jegens de overheid op de richtlijn mag beroepen. Het omgekeerde (een beroep van de overheid op de richtlijn jegens de burger) mag echter niet, hetgeen wordt aangeduid met de uitdrukking dat een richtlijn geen ‘omgekeerde verticale werking’ kan hebben. Het is duidelijk dat dit onderscheid niet bestaat bij een regeling die directe horizontale werking heeft. Indien een regeling directe horizontale werking heeft, dat wil zeggen rechtsgevolgen teweegbrengt in een naar haar aard privaatrechtelijke verhouding, geldt dat naar beide zijden, zodat indien het gaat om een rechtsverhouding tussen overheid en burger niet slechts de burger jegens de overheid, maar ook de overheid jegens de burger een beroep op de regeling kan doen. Duidelijk is ook dat men hiertoe het begrip overheid niet behoeft op te rekken in die zin dat ook bepaalde rechtspersonen naar burgerlijk recht daaronder vallen.²⁹ Dat is nodig indien men de desbetreffende rechtspersoon onder het bereik van de directe verticale werking wil brengen; voor de toepasselijkheid van een direct horizontaal werkende norm is de hoedanigheid van de contractspartij daarentegen niet van belang.

Indirecte horizontale werking

2.7 De term ‘indirecte horizontale werking’ verwijst naar gevallen waarin, zonder dat formeel directe horizontale werking wordt toegekend, rechtsgevolgen worden teweeggebracht die soortgelijk zijn aan die van directe horizontale werking.

In het navolgende worden meer in het bijzonder drie figuren behandeld die onder deze noemer vallen:

1. toepassing van een bepaling van Europees recht in privaatrechtelijke verhoudingen door middel van de ‘conforme’ interpretatie van nationaal recht (*infra*, § 2.8);
2. de uit een verdragsbepaling in verbinding met van art. 4 lid 3 VWEU (plicht tot loyale samenwerking) afgeleide positieve verplichting van de lidstaten om aan de verdragsbepaling effect te verlenen in horizontale verhoudingen (‘positieve verplichting’, *infra*, § 2.9); en
3. de toetsing van nationale wetgeving aan het Unierecht in een procedure tussen particulieren (*infra*, § 2.10).

Uiteraard is het niet verhelderend dezelfde term voor verschillende rechtsfiguren te gebruiken.³⁰ Naar onze mening is de term indirecte horizontale werking alleen in het eerstbedoelde geval aan te bevelen.

29 P. Craig en G. de Burca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 285 spreken hier van ‘administrative direct effect’.

30 Met name de Engelstalige literatuur biedt daarvan, in overeenstemming met de weinig leerstellige denkrant van veel Engelse juristen, nog andere voorbeelden. Deze hebben in het bijzonder betrekking op effecten van richtlijnen in verhoudingen tussen particulieren. Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 158.

2.8 Uitleg van het nationale recht ('conforme interpretatie'). Onder indirecte horizontale werking kan in de eerste plaats worden gebracht de verwezenlijking van de bepaling in privaatrechtelijke verhoudingen door middel van de interpretatie van een nationale wetsebepaling. Dit is uiteraard vooral van belang indien de desbetreffende verdragsbepaling zelf geen directe horizontale werking heeft; is dat wel zo, dan is de omweg via de interpretatie van een nationale regel strikt genomen immers overbodig. De methode is dan ook vooral opgebloeid in het kader van de omgang met bepalingen en regelingen die 'per definitie' geen directe horizontale werking hebben, zoals bepalingen van EU-richtlijnen en bepalingen van het EVRM, waarop in horizontale verhoudingen geen beroep kan worden gedaan.³¹

In het kader van EU-richtlijnen die niet of niet correct zijn geïmplementeerd, heet deze methode 'richtlijnconforme interpretatie'. Zij heeft daar enkele bijzonderheden wegens het feit dat lidstaten gehouden zijn richtlijnen te implementeren. In de eerste plaats zijn nationale gerechten volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie zo enigszins mogelijk tot deze methode van interpretatie verplicht. In de tweede plaats strekt de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie zich weliswaar in beginsel uit tot het gehele nationale recht, maar zij zal in de praktijk vaak betrekking hebben op de wet waarin de richtlijn is omgezet, dus op min of meer concrete wetsebepalingen.

Ook bij bepalingen van het VWEU laat zich deze methode hanteren. Daarbij moet vooral worden gedacht aan doorwerking van de verdragsbepaling via de open normen van het nationale recht (redelijkheid en billijkheid, maatschappelijke betamelijkheid, openbare orde, goede zeden, goed werkgeverschap, etc.). Bij het EVRM is dit procedé overbekend: het grond- of mensenrecht kan meewegen bij het oordeel of een overeenkomst die de grondrechtelijke sfeer van een partij raakt nietig is wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden, of een beroep op een dergelijke overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, of een feitelijke gedraging een onrechtmatige daad oplevert, of een ontslag kennelijk onredelijk is, etc. Bij bepalingen van het VWEU (of zijn voorloper, het EG-Verdrag) is van deze variant van indirecte horizontale werking tot op heden althans in Nederland en België nauwelijks sprake geweest.³² Toch is zij goed denkbaar. Om één voorbeeld te noemen: de materiële bepaling inzake staatssteun (art. 107 e.v. VWEU) richt zich slechts tot de lidstaten en heeft geen directe horizontale werking. Dat betekent dat indien een onderneming staatssteun ontvangt in strijd met dat artikel, haar daarvoor benadeelde concurrenten zich naar Europees recht jegens die onderneming (anders dan jegens de steunverlenende overheid) niet op schending van art. 107

31 Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 226 e.v. Overigens is daarbij gebleken dat de conforme interpretatie in de praktijk niet is beperkt tot situaties waarin de verdrags- of richtlijn-bepaling rechtstreekse werking ontbeert. Ook indien directe toepassing van de bepaling mogelijk is (hetgeen het geval is in 'verticale verhoudingen'), zal de rechter trachten het nationale recht verdrags- of richtlijnconform uit te leggen. Indien hij hierin slaagt, voorkomt hij immers dat hij regels van nationaal recht als strijdig met het Europese recht buiten toepassing moet laten, en behoeft hij niet de soms lastige vraag te onderzoeken of het Europese voorschrift rechtstreekse werking heeft.

32 Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 92 e.v.

VWEU kunnen beroepen. Dat staat er echter niet aan in de weg dat de Nederlandse en Belgische rechter de gedraging van de onderneming onrechtmatig kan oordelen indien aan de vereisten van art. 6:162 BW resp. 1382 BW is voldaan. Bij het oordeel omtrent hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, kan de rechter de schending van art. 107 VWEU in aanmerking nemen. Kán, want een verplichting tot verdragsconforme interpretatie is in deze context niet door het Hof van Justitie aanvaard. De verplichting zou zo nodig, naar analogie van het Schmidberger-arrest,³³ op art. 4 lid 3 VEU kunnen worden gebaseerd. Hoe dat zij, uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het deze vorm van indirecte horizontale werking uitdrukkelijk open laat.³⁴

2.9 *Positieve verplichtingen van lidstaten.* Uit het VWEU kan men de verplichting voor de lidstaten afleiden om de aan de vrijverkeerbepalingen en de discriminatieverboden te ontleen rechten te beschermen en tegenover hun burgers, ook in ‘horizontale verhoudingen’, te waarborgen.³⁵ Deze constructie is bekend uit de grondrechten-dogmatiek, zowel nationaal als in het kader van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Zij houdt in dat de nationale grondwet cq het EVRM aldus moet worden uitgelegd dat op de Staat niet slechts de ‘negatieve’ verplichting rust om zich van inbreuk op de fundamentele rechten van de burgers te onthouden, maar onder omstandigheden ook de ‘positieve verplichting’ om door wetgeving of andere maatregelen de uitoefening van die rechten te waarborgen, en zulks niet alleen tegenover de Staat maar ook tegenover medeburgers. Schending van die positieve verplichting kan tot aansprakelijkheid van de (verdrags)staat leiden. In het EU-recht kan een dergelijke verplichting mede op art. 4 lid 3 VEU worden gebaseerd, dat de lidstaten verplicht tot ‘Unietrouw’: zij moeten alle algemene of bijzondere maatregelen treffen die geschikt zijn om de nakoming van het verdrag te verzekeren. Voorbeelden bieden de arresten Commissie/Frankrijk (‘Spaanse aardbeien’)³⁶ en Schmidberger;³⁷ indien wegblokkades of (andere) ordeverstoringen het vrij verkeer van goederen belemmeren waardoor particulieren worden geschaad, rust onder omstandigheden op de Staat de verplichting aan de acties een einde te maken. Dit effect van het verdragsartikel inzake het vrije goederenverkeer wordt wel ‘indirecte horizontale werking’ genoemd. Erg verhelderend is die uitdrukking niet. Zij wordt in het navolgende niet gebruikt.

Bij het zojuist opgemerkte wordt primair gedacht aan de uitvoerende macht van de lidstaat. Maar het begrip ‘lidstaat’ is ruimer en omvat alle overheidsorganen. Kan een dergelijke ‘positieve verplichting’ ook rusten op de rechterlijke macht? En zo ja, wat betekent dat precies? Onder het EVRM wordt de rechterlijke macht in beginsel op één lijn gesteld met andere overheidsorganen. Aan het Europese Hof voor de

33 Zie noot 26, punt 59.

34 Zie bijvoorbeeld HvJ EG 11 juli 1996, SFEI/La Poste, C-39/94, Jurispr. 1996, p. I-3547, punt 75.

35 Zie onder meer Claudia Stachel, *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten des EG-Vertrags unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft*, Berlin: Duncker und Humblot 2006, besproken door Marek Szydło, CMLR 2008, p. 1299 e.v.

36 HvJ EG 9 december 1997, Commissie/Frankrijk, C-265/95, Jurispr. 1997, p. I-6959, NJ 1999, 23.

37 Zie noot 26.

Rechten van de Mens in Straatsburg (EHRM) kan de vraag worden voorgelegd of een nationale wet of administratieve praktijk verenigbaar is met het EVRM en of de nationale rechter die vraag correct heeft beantwoord. Het EHRM acht zich zelfs bevoegd, zij het binnen enge grenzen, de vraag te beantwoorden of de nationale rechter in het licht van de Conventie een rechtshandeling correct heeft uitgelegd.³⁸ De rechtsgrond hiervan is dat de rechterlijke macht evenals alle andere overheidsinstanties van een verdragsstaat de in het verdrag gewaarborgde fundamentele rechten moet verwezenlijken. Een dergelijke opvatting past in een stelsel waarin het gaat om de bescherming van rechten die aan burgers zijn verleend tegen de Staat, en die zij (in beginsel) niet tegen hun medeburgers kunnen uitoefenen. Onder het EVRM wordt deze blikrichting nog versterkt door het feit dat de procedure bij het EHRM steeds door de burger tegen de verdragsstaat wordt gevoerd en dat dit Hof aan geen van de EVRM geregelde rechten directe horizontale werking heeft toegekend.³⁹

In het Unierecht is deze kwestie onzeker. Onder verwijzing naar de grondrechtenproblematiek wordt uit bepaalde arresten afgeleid dat de vraag ook in het Unierecht bevestigend moet worden beantwoord. Zo is geweest⁴⁰ op het genoemde arrest Defrenne/Sabena I,⁴¹ waar het Hof van Justitie heeft overwogen dat het toenmalige art. 119 EG (art. 157 VWEU) met zijn verwijzing naar ‘de lidstaten’ veel meer inhoudt dan een verwijzing naar de bevoegdheid van de nationale wetgever, omdat die verwijzing betrekking heeft op de uitoefening van alle overheidsfuncties die aan de toepassing van het beginsel van gelijke beloning kunnen bijdragen, waarbij het Hof ook de rechterlijke instanties op het oog heeft. Het zou echter onjuist zijn hieruit af te leiden dat het Hof hierbij doelt op een indirecte horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel via een op het staatsorgaan rechterlijke macht rustend ‘positieve verplichting’. De redenering beoogt veeleer aan te geven dat de verwijzing naar de lidstaten niet in de weg staat aan het aannemen van rechtstreekse werking van de verdragsbepaling. Zij mondt dan ook uit in de overweging (punt 37) ‘dat wanneer artikel 119 [nu art. 157 VWEU] van de “lidstaten” spreekt, dit mitsdien niet aldus kan worden uitgelegd, als zou rechtstreekse toepassing van het verdrag door de rechter daardoor zijn uitgesloten’. Dit moet worden gezien tegen de achtergrond van de punten 24 en 31, waar wordt overwogen dat (het toenmalige) art. 119 in de omstandigheden van dit geval rechtstreeks toepasselijk is en derhalve de justitiabellen rechten verleent die de rechterlijke instanties dienen te handhaven, resp. dat de bepaling, hoewel formeel tot de lidstaten gericht, tezelfdertijd rechten verleent aan particulieren die bij de nakoming van de aldus omschreven verplichtingen belang hebben.

Aldus constateert het Hof – terecht – dat de verlening van rechten en verplichtingen aan burgers jegens elkaar voorop staat en dat, zo deze verleend zijn, de handhaving

³⁸ Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 233.

³⁹ Zie Lech Garlicki, ‘Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights’, in: A. Sajó en R. Uitz (red.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven International Publishing 2005, p. 129 e.v.

⁴⁰ A-G Poiares Maduro, conclusie voor het Viking-arrest (aangehaald in noot 7), punten 39 (met noot 38) en 40.

⁴¹ Zie noot 18.

daarvan door de justitiabelen bij de rechterlijke macht kan worden gevorderd.⁴² De blikrichting is een fundamenteel andere dan in de grondrechtenproblematiek. Dáár gaat het om rechten die aan de burgers zijn verleend tegen de Staat, die daarmee ‘bij extensie’ de verplichting heeft gekregen om de door het grondrecht beschermde posities binnen zekere grenzen ook jegens de medeburgers te waarborgen. Daarentegen heeft het gemeenschapsrecht zich mede tot een privaatrechtelijke rechtsorde ontwikkeld, waarin door het verdrag gewaarborgde rechten binnen zekere grenzen tevens in de verhouding tussen burgers gelding hebben verkregen. Voor zover dat het geval is, staat het aan de burgers zélf om die rechten te handhaven, hetgeen zij uiteraard mede via de rechter zullen doen. De ‘handhaving door de rechter’ staat daarmee zoals overal elders in het privaatrecht niet los van, maar in het verlengde van de aan de justitiabelen toekomende rechten.⁴³

2.10 *Rechtmatigheidstoetsing in een geding tussen particulieren.* Op de lidstaten rust de verplichting om zich in overeenstemming met het Unierecht te gedragen, hetgeen onder meer impliceert dat zij geen regelingen mogen uitvaardigen en handhaven die in strijd zijn met het recht van de Unie, waaronder het VWEU. De vraag of die strijd niettemin bestaat, kan, indien de verdragsbepaling directe werking heeft, dat wil zeggen indien een burger zich erop kan beroepen, door een burger aan de rechter ter beoordeling worden voorgelegd. Dat gebeurt vaak in een geschil tussen een burger en de nationale overheid (een ‘verticale verhouding’), maar het kan ook gebeuren in een geschil tussen burgers onderling (een ‘horizontale verhouding’). Soms wordt in dit verband van directe horizontale werking gesproken,⁴⁴ maar het is niet verhelderend om dit geval onder dat begrip te brengen. Weliswaar is uit *processueel oogpunt* sprake van een horizontale verhouding (twee burgers staan als strijdende partijen tegenover elkaar), maar aan de verdragsbepaling komt geen horizontale werking toe. Immers, indien de strijdigheid van de nationale regeling met de verdragsbepaling wordt vastgesteld, is het gevolg dat de nationale regeling niet kan worden toegepast, niet dat de verdragsbepaling de inhoud van de rechtsverhouding tussen de partijen

42 Ook in andere arresten wordt dat verband gelegd; zie bijvoorbeeld HvJ EG 9 maart 1978, Simmenthal, 106/77, Jurispr. 1978, p. 629, punt 15 en 16; HvJ EG 20 september 2001, Courage Ltd./Bernard Crehan, C-453/99, Jurispr. 2001, p. I-6297, NJ 2002, 43, punt 25; HvJ EG 17 september 2002, Muñoz/Frumar, C-253/00, Jurispr. 2002, p. I-7289, punt 27 en 28.

43 Anders gezegd: de burger heeft een recht jegens zijn medeburger, en deze is verplicht jegens gene, ook los van ingrijpen door de rechter. De gedachte dat een rechter de ene burger tegen de andere beschermt zonder dat daaraan een recht van de beschermde ten grondslag ligt, is een anomalie in ons privaatrecht. Vgl. Prechal en De Vries, ‘Viking/Laval en de grondslagen van het interne marktrecht’, SEW 2008, p. 431 linkerkolom met noot 56.

44 Zie P. Oliver en W.H. Roth, ‘The Internal Market and the Four Freedoms’, CMLR 2004, p. 407 e.v., 421; S. Prechal en S.A. de Vries (vorige noot) p. 425 e.v., 431 linkerkolom. Zo leest men dikwijls dat het arrest Mangold (HvJ EG 22 november 2005, Mangold/Helm, C-144/04, Jurispr. 2005, p. I-9981, NJ 2006, 227 m.nt. M.R. Mok) een voorbeeld is van directe horizontale werking, terwijl in dit arrest niet een contractsbepaling maar een nationale wet werd getoetst aan een richtlijn en aan het gelijkheidsbeginsel (in verband met het verbod van discriminatie naar leeftijd). Zie bijvoorbeeld Editorial Comments, CMLR 2008, p. 1575; C.D. Classen, ‘Freiheit und Gleichheit im öffentlichen und im privaten Recht - Unterschiede zwischen europäischem und deutschem Grundrechtsschutz?’, Europarecht 2008, p. 627 e.v., 639.

bepaalt. Die inhoud wordt door het nationale recht of eventueel door een tussen partijen gesloten overeenkomst bepaald.

Het arrest Delhaize levert een goed voorbeeld op.⁴⁵ Een Spaanse verkoper van wijn beriep zich tegenover zijn Belgische koper op overmacht, omdat een Spaanse wettelijke regeling de export verbood. De koper sprak de verkoper aan tot nakoming en betoogde in deze procedure dat de Spaanse regeling in strijd was met art. 29 EG-Verdrag (thans art. 35 VWEU). Deze stelling bleek juist te zijn, zodat de regeling niet mocht worden toegepast. De inhoud van de rechtsverhouding werd vervolgens niet door art. 35 VWEU bepaald, maar door de overeenkomst c.q. de daarop toepasselijke wet van privaatrechtelijke aard. De verkoper was ingevolge de overeenkomst tot levering gehouden. Wil men hier toch van horizontale werking spreken, dan dient 'processuele horizontale werking' van 'materiële horizontale werking' te worden onderscheiden. Inhoudelijk is dat echter zonder belang. Voor de toetsingsvraag maakt het geen verschil of het om een horizontale of om een verticale verhouding gaat.

Het arrest Delhaize betrof de toetsing van een regel van (economisch) bestuursrecht aan een verdragsbepaling. Het hierboven opgemerkte geldt ook indien de toetsing plaatsvindt aan een andersoortige geschreven of ongeschreven regel van Unierecht. Daarbij kan het bij uitzondering ook om richtlijnbepalingen gaan. Zo blijkt uit de arresten *Securitel*⁴⁶ en *Sapod Audic*⁴⁷ dat, ofschoon tussen burgers in beginsel geen beroep kan worden gedaan op strijdigheid van een nationale regeling met een richtlijn,⁴⁸ een vergelijkbaar effect niettemin soms kan worden bereikt via hetgeen in dit verband wel wordt genoemd 'incidenteel horizontaal effect'.⁴⁹ Ook in de hier bedoelde uitzonderingsgevallen geldt dat particulieren bepalingen van EU-recht wel als 'schild' tegen andere particulieren kunnen invoeren, maar niet als 'zwaard': ze kunnen 'incidentele horizontale werking' wel gebruiken om bepalingen van nationaal recht buiten toepassing te laten verklaren, maar het aldus gecreëerde vacuüm in het nationale recht kunnen ze niet laten opvullen door een andere bepaling. De vraag rijst of dit onderscheid tussen richtlijnen waarop in een geschil tussen particulieren geen, en richtlijnen waarop wel een beroep kan worden gedaan, gelukkig is.⁵⁰

2.11 In de volgende paragrafen wordt uiteengezet wat de consequenties zijn voor het nationale privaatrecht van de horizontale werking van het Unierecht. Zoals reeds opgemerkt, staat het primaire Unierecht daarbij centraal in het preadvies over

45 HvJ EG 9 juni 1992, *Delhaize/Promalvin en AGE*, C-47/90, *Jurispr.* 1992, p. I-3669, NJ 1994, 588.

46 HvJ EG 30 april 1996, *CIA Security International SA/Signalson SA, Securitel SPRL*, C-194/94, *Jurispr.* 1996, p. I-2201.

47 HvJ EG 6 juni 2002, *Sapod Audic/Eco-Emballages SA*, C-159/00, *Jurispr.* 2002, p. I-5031.

48 Zie de bekende arresten waarin het Hof van Justitie directe horizontale werking van richtlijnbepalingen categorisch weigert: HvJ EG 26 februari 1986, *Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, 152/84, *Jurispr.* 1986, p. 723; HvJ EG 14 juli 1994, *Paola Faccini Dori/Recreb Srl*, C-91/92, *Jurispr.* 1994, p. I-3325, NJ 1995, 321.

49 De terminologie komt van *Craig/De Búrca*, p. 296 die behalve van 'incidental horizontal effect' ook spreken over 'a limited form of horizontal effect'. Zie ook *Asser/Hartkamp 3-I** 2011, nr. 158.

50 Zie ook de annotatie door J. Stuyck van het arrest *Oceano Grupo* in *CMLRev* 2001, p. 733 e.v.

Nederlands recht, terwijl secundair Unierecht een belangrijkere plaats inneemt in het preadvies over Belgisch recht.

Waar mogelijk worden zowel de directe horizontale werking als de behandelde vormen van indirecte horizontale werking belicht. Terughoudendheid wordt betracht met de *supra* in § 2.10 besproken rechtmatigheidstoetsing van nationale wetgeving, aangezien het hier een oeverloos onderwerp betreft, dat doorgaans weinig te maken heeft met het privaatrecht. Een uitzondering wordt gemaakt voor situaties waarin de band met het privaatrecht er wel is, zoals in gevallen waarin de aan het Europese recht getoetste regeling er een is van privaatrechtelijke aard.

Achtereenvolgens komen aan de orde het mededingingsrecht (inclusief het staatssteunrecht), de vrijverkeerbepalingen ('fundamentele vrijheden'), de verdragsbepalingen inzake discriminatie, de algemene beginselen van Unierecht en de ambts-halve toepassing. Zo veel mogelijk worden, na korte inleidende opmerkingen over de stand van het Unierecht, de horizontale rechtsgevolgen daarvan in het Nederlandse en Belgische recht geschetst op het gebied van het algemene contractenrecht, de onrechtmatige daad, de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking.

Uiteraard worden de onderwerpen uitsluitend behandeld voor zover van belang in het kader van dit preadvies. Zo wordt bij het mededingingsrecht niet ingegaan op de vereisten voor de toepasselijkheid van art. 101 en 102 VWEU, maar op de vraag welke consequenties de toepasselijkheid van deze (direct horizontaal werkende) bepalingen heeft voor het nationale vermogensrecht, met name op het gebied van de nietigheden, de onrechtmatige daad, de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking. De vraag zal steeds zijn hoe het nationale recht (hetzij specifieke wetsebepalingen, hetzij de open normen van het nationale vermogensrecht) moet worden toegepast in gevallen die worden bestreken door direct horizontaal werkende bepalingen of beginselen van Unierecht

§ 3 Mededingingsrecht: art. 101 en 102 VWEU

3.1 *Contractuele rechtsgevolgen. Europees recht.* Art. 101 lid 2 VWEU houdende het 'kartelverbod'⁵¹ is de enige bepaling die een horizontaal effect van het Verdrag op overeenkomsten regelt, te weten – behoudens in de op het algemeen belang afgestemde, in lid 3 geregelde uitzonderingsgevallen – nietigheid van de overeenkomst die in strijd met het verbod van lid 1 wordt gesloten.

Blijkens de rechtspraak van het Hof van Justitie heeft de nietigheid een absoluut karakter; zie onder meer de uitspraken *Société de vente/Kerpen*,⁵² *Courage/Crehan*,⁵³

51 Art. 101 lid 1 VWEU: 'Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst (...)'

52 HvJ EG 14 december 1983, *Ciment/Kerpen*, 319/82, *Jurispr.* 1983, p. 4173.

53 Zie noot 23.

Manfredi⁵⁴ en Cepsa/Tobar.⁵⁵ Het is aan de nationale rechter om deze nietigheid vast te stellen. Zoals in Manfredi wordt overwogen:

‘58 Bovendien brengt (...) art. 81, lid 1, EG rechtstreekse gevolgen teweeg in de betrekkingen tussen particulieren en doet het voor de justitiabelen rechten ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven.

59 Daaruit volgt dat eenieder zich in rechte op schending van art. 81 EG kan beroepen (...) en bijgevolg de nietigheid kan inroepen van een door dit artikel verboden mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging.’

Voorts heeft het Hof beslist dat de nationale rechter zulks ambtshalve moet doen. Op de ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter kom ik in § 8 terug.

Omtrent de nietigheid heeft het Hof van Justitie beslist dat zij slechts de bepalingen van de overeenkomst treft die met art. 101 VWEU onverenigbaar zijn. Indien deze bepalingen niet van de overeenkomst kunnen worden losgekoppeld, is de hele overeenkomst nietig; kan het wel, dan worden de gevolgen voor de rest van de overeenkomst bepaald door het nationale recht (Cepsa/Tobar, punt 79). In het Nederlandse recht is dat art. 3:41 BW, bepalende dat het restant van de overeenkomst in stand blijft voor zover dit, gelet op inhoud en strekking van de overeenkomst, niet in onverbreeklijk verband met het nietige deel staat. Deze bepaling wordt in dit verband regelmatig in de Nederlandse rechtspraak toegepast.⁵⁶

3.2 *Contractuele rechtsgevolgen. Nederlands recht.* Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat het antwoord op de vraag in hoeverre het nationale recht op de rechtsgevolgen van de nietigheid van de door de Europese verbodsbepalingen getroffen overeenkomst van toepassing is, door het Europese recht, dus uiteindelijk door het Hof van Justitie wordt bepaald. Voor Nederland is hier vooral te denken aan art. 3:40-3:42 BW en art. 3:58 BW (conversie, partiële nietigheid en bekrachtiging). Het Hof van Justitie kan voor het Europese recht identieke of vergelijkbare regels ontwikkelen. Zonder meer de nationale regel inzake conversie toepassen (art. 3:42 BW), zoals het Haagse hof in de zaak Vreugdenhil/CBF (te kennen uit HR 3 december 2004, NJ 2005, 118) deed, is niet geoorloofd.⁵⁷ Gelet op de strekking van de onder-

54 Zie noot 24.

55 HvJ EG 11 september 2008, Cepsa/Tobar, C-279/06, Jurispr. 2008, p. I-6681, NJ 2008, 619 m.nt. M.R. Mok.

56 Zie onder meer Rb. Arnhem 8 juni 2005, LJN AU 0543; Hof Den Haag 24 maart 2005, LJN AT4660; Rb. Assen 13 december 2006, LJN AZ5003; Vzr. Rb. Den Haag 19 februari 2007, LJN BA0407; Vzr. Rb. Breda 26 november 2008, LJN BG6220.

57 Zie in dezelfde zin Mok in zijn annotatie; L.E.J. Korsten en M. van Wanroij, *Nederlands mededingingsrecht*, Deventer: Kluwer 2008; K. Defares, J. Langer en R. Elkerbout, ‘Rechtspraak mededingingszaken 2007’, M&M 2009, p. 145-146, Hof Leeuwarden 30 januari 2008, LJN BC3424; E.J. Zippo, *Privaatrechtelijke handhaving van mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2009, p. 74; aarzelend Keus, conclusie sub 2.8 voor HR 23 maart 2007, NJ 2007, 176 (Brocacef/Simons); W.A.J. van Lierop en E. Pijnacker Hordijk, *Privaatrechtelijke aspecten van het mededingingsrecht*, Preadv. Vereniging voor Burgerlijk recht 2007, p. 79 e.v.; R. Meijer, MvV 2009, p. 76-77.

havige verdragsbepalingen is het waarschijnlijk dat het Hof het element van preventie zo belangrijk acht dat relativeringen van de nietigheid niet snel toelaatbaar zullen worden geacht. In overeenstemming hiermee heeft de Hoge Raad, nadat in de lagere rechtspraak in verschillende zin was beslist, bij arrest van HR 18 december 2009, NJ 2010, 140 (Prisma/Slager) geoordeeld dat toepassing van art. 3:42 BW onverenigbaar is met de op uitbanning van ongeoorloofde concurrentiebeperkende overeenkomsten gerichte, in art. 6 lid 2 Mw neergelegde absolute nietigheid. Voor art. 101 VWEU zal hetzelfde moeten worden aangenomen.⁵⁸

Het voorgaande geldt eveneens voor de relativering die voortvloeit uit de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, die door HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378 (Royal and Sun Alliance/Universal Pictures) in de nietigheidsdogmatiek schijnt te worden ingepast.⁵⁹

Wel kan een wijziging van de overeenkomst door partijen zelf tot geldigheid (voor de toekomst) van de overeenkomst leiden, indien het nationale recht dat toestaat (arrest Cepsa/Tobar, punt 75). Of partijen een dergelijke wijziging van de overeenkomst geldig kunnen overeenkomen in de oorspronkelijke overeenkomst, voor het geval deze in strijd zal blijken te zijn met het mededingingsrecht, zal naar Nederlands recht afhangen van de strekking van die afspraak. De afspraak zal m.i. niet geldig zijn indien partijen redelijkerwijze moeten uitgaan van de ongeldigheid van hun overeenkomst.

Overigens lijken relativeringen mij niet onder alle omstandigheden onredelijk. Zo heeft de Court of Appeal de nietigheid in de tijd beperkt, in een situatie waarin fluctuering in de grootte of het marktaandeel van een onderneming bewerkt dat de overeenkomst nu eens wel, dan weer niet onder het verbod valt.⁶⁰

3.3 Vervolg. Andere overeenkomsten. Wat betreft de rechtsgevolgen van de nietigheid voor andere overeenkomsten, hierbij kan het zowel gaan om overeenkomsten tussen de partijen die de wegens overtreding van art. 101 VWEU nietige overeenkomst (resp. de overeenkomst waarvan een nietig beding onderdeel uitmaakt) hebben gesloten, als om overeenkomsten die een dezer partijen met een derde heeft gesloten.

Als voorbeeld van een overeenkomst tussen dezelfde partijen kan onder meer worden gedacht aan een geval zoals berecht in het arrest Courage/Crehan (aangehaald in noot 23): ingevolge een beding in een huurovereenkomst met betrekking tot een café, waarbij een brouwerij de caféhouder verplicht tot exclusieve afname van bier, welk beding ingevolge art. 101 VWEU nietig is, worden door partijen

58 Art. 6 en 24 van de in 1998 in werking getreden Mededingingswet zijn afgestemd op art. 101 en 102 VWEU en dienen volgens de bedoeling van de wetgever zo veel mogelijk in overeenstemming met de Europese bepalingen te worden toegepast. Zie M.R. Mok, *Kartelrecht I. Nederland. De mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2004, p. 68 e.v. en Hartkamp/Sieburgh/Keus I (zie noot 3), p. 563.

59 Zie over de redelijkheid en billijkheid in het Europese recht Asser/Hartkamp 3-1* 2011, nr. 140.

60 Zie daarover A. Jones, *Restitution and European Community Law* 2000, p. 159 noot 61 en p. 166 noot 107; G. Monti, in: C.Twigg-Flesser (red.), *The Cambridge Companion to European Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 291 e.v. Kritisch J.F. Appeldoorn, *Eenheid in verscheidenheid: de gespreide toepassing van art. 81 EG* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 229 e.v. en VtA 2006, p. 62 e.v., Zippro (diss.) (zie noot 57), p. 75.

bierleverantiecontracten gesloten. De vraag of deze contracten nietig of vernietigbaar zijn, moet naar nationaal recht worden beoordeeld, hetgeen voor het Nederlandse recht afhankelijk is van de aan art. 6:229 BW (voortbouwende overeenkomst) te geven uitleg, terwijl ook de bepalingen inzake dwang en misbruik van omstandigheden van belang kunnen zijn. Het lijkt mij aannemelijk dat dergelijke overeenkomsten in beginsel vernietigbaar zijn op een van deze gronden, die in het Nederlandse recht niet beperkt plegen te worden uitgelegd.⁶¹

Wat overeenkomsten met derden betreft: denkbaar is ook dat de overeenkomst de caféhouder verplicht zijn bier in te kopen bij een derde. Tenzij sprake is van een derdenbeding, waardoor de derde als partij bij de overeenkomst betrokken wordt (zie art. 6:254 lid 1 BW), is art. 6:229 BW nu niet van toepassing, omdat die bepaling het voortbouwen op een tussen partijen bestaande rechtsverhouding vereist. Wel is ook hier de toepassing van de voormelde wilsgebreken mogelijk, omdat wel mag worden verondersteld dat de derde in een zodanig verband met de brouwerij staat (bijvoorbeeld een dochteronderneming is) dat hij geacht kan worden van het wilsgebrek op de hoogte te zijn (art. 3:44 lid 5 BW). In het voormelde arrest *Courage/Crehan* was in feite van deze situatie sprake. Het lijkt mij verdedigbaar in zo'n geval art. 6:229 BW analoog toe te passen.

Belangrijker is het geval waarbij een kartelovereenkomst de deelnemers in staat stelt aan hun afnemers hogere prijzen te berekenen dan zonder het kartel mogelijk geweest zou zijn. In deze omstandigheden kan de afnemer zich doorgaans op de wilsgebreken bedrog dan wel dwaling beroepen, teneinde de door hem gesloten overeenkomst geheel dan wel partieel te vernietigen. Duidelijk is immers dat hij als gevolg van het verzwijgen van de kartelafpraak tegen een hogere prijs heeft gecontracteerd dan waartoe hij anders bereid zou zijn geweest.

Nu de Nederlandse Mededingingswet het stelsel van het Europese recht beoogt te volgen, ligt het voor de hand het voorgaande in beginsel ook op de nietigheid van art. 6 Mw van toepassing te achten.⁶²

De voormelde vragen kunnen ook rijzen met betrekking tot eenzijdige rechtshandelingen die voortbouwen op een overeenkomst die nietig is wegens strijd met art. 101 VWEU. Men denke aan een nietige overeenkomst, op grond waarvan een der partijen een aanbod of een opzegging tot een derde richt. Ook daarbij kan men denken aan vernietigbaarheid op grond van de wetsbepalingen inzake wilsgebreken dan wel aan analoge toepassing van art. 6:229 BW.⁶³

61 Zie voor art. 6:229 BW HR 19 november 1993, NJ 1994, 259 (Willems/Rabo) en HR 9 september 1994, NJ 1995, 270 (B./Amersfoortse) en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/301 e.v.; en voor dwang en misbruik van omstandigheden Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/257 e.v., 261.

62 Vergelijk M.R. Mok, *Kartelrecht I*, Deventer: Kluwer 2004, p. 127 e.v., 273 e.v. en noot onder HR 3 december 2004, NJ 2005, 118 (Vreugdenhil/CBF).

63 Men zie voorts art. 6:218 BW en Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/101. Zie over de hier behandelde kwesties, in het bijzonder de mogelijkheid van analogische toepassing van art. 6:229 BW op voortbouwende eenzijdige rechtshandelingen, I. Ligteringen, 'Privaatrechtelijke rechtsgevolgen van het Europese kartelverbod voor voortbordurende rechtshandelingen', *WPNR* 2009, 6783; Zippro (diss.), p. 78 e.v.

3.4 *Vervolg.* Art. 102. Art. 102 VWEU verbiedt het misbruik maken van een machtspositie.⁶⁴ Bij gebreke van regels daarover in het verdrag is verdedigbaar dat de gevolgen daarvan in beginsel – dat wil zeggen behoudens toetsing door het Hof aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel – door het nationale recht worden beheerst.

Indien het misbruik bestaat uit het niet sluiten van een overeenkomst, kan er onder omstandigheden een op de redelijkheid en billijkheid of de maatschappelijke zorgvuldigheid te baseren verplichting tot onderhandelen en/of contracteren bestaan.⁶⁵

Indien het misbruik bestaat uit het sluiten van een overeenkomst, zal deze op grond van art. 3:40 lid 1 of lid 2 BW nietig zijn.⁶⁶ Ook is verdedigbaar de nietigheid naar analogie van art. 101 lid 2 VWEU rechtstreeks op het verdrag te baseren. Deze opvatting⁶⁷ heeft het onmiskenbare voordeel dat het stelsel van de beide bepalingen meer als een eenheid wordt gezien en door het Hof van Justitie beter kan worden bewaakt.

Acht men de rechtsgevolgen van de nietigheid aan het nationale recht overgelaten, dan zijn zij onderworpen aan de voormelde bepalingen van Boek 3 BW, die de nietigheid relativeren. Daarbij is echter te bedenken dat de vraag in hoeverre die bepalingen ook werkelijk tot toepassing kunnen komen, mede afhankelijk is van de strekking van de regel die tot nietigheid van de rechtshandeling leidt.⁶⁸ Aangezien het aan het Hof van Justitie is om deze strekking vast te stellen, beslist het Hof in zoverre ook over de toepasselijkheid van de voormelde nationale wetsbepalingen.

De nietigheid van art. 24 Mw wordt uiteraard door art. 3:40 BW beheerst.

3.5 *Vervolg.* *Concentratieverordening.* In het voetspoor van art. 101 VWEU en art. 102 VWEU wordt hier ook aandacht geschonken aan de EG-concentratieverordening (Verordening 139/2004), die mede op art. 103 VWEU is gebaseerd. Blijkens art. 4 en art. 7 van deze verordening mag een concentratie met een communautaire dimensie niet tot stand worden gebracht tenzij zij is aangemeld en door de Commissie met de interne markt verenigbaar is verklaard. Aannemelijk is dat een concentratie die in strijd met deze bepalingen tot stand komt, in beginsel nietig is wegens strijd met art. 3:40 lid 2 BW.⁶⁹

De bepaling van de rechtsgevolgen van de nietigheid is ook voor het overige – men denke aan partiële nietigheid en conversie – voorbehouden aan het nationale recht.

64 Art. 102. 'Onverenigbaar met de interne markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan. (...)'

65 Zie bijvoorbeeld HR 8 april 2005, NJ 2005, 482 m.nt. M.R. Mok (Apotheek Hoevelaken c.s./OWM Agis Zorgverzekeringen).

66 Evenzo onder meer W. van Gerven, L. Gyselen, M. Maresceau en J. Stuyck, *Kartelrecht II*, Europese Gemeenschap, Antwerpen: Standaard 1997, p. 170; voor het Duitse recht Podszun, in: Gebauer/Wiedmann, hfdst. 24, Rn. 76; voor strijd met art. 24 Mw Mok, *Kartelrecht I*, 2004, p. 355.

67 Zie aldus Zippo (diss.) (noot 57), p. 102 e.v.

68 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 646 en 656.

69 Aldus Mok, in: Hartkamp/Sieburgh/Keus I, p. 577; R. Meijer, *MvV* 2009, p. 76; Zippo (diss.) (noot 57), p. 279; U. Loewenheim, K.M. Meessen en A. Riesenkauff (red.), *Kartelrecht*, 2009, Einf. FKVO, Rn. 32 (Simon); anders J. Steenbergen, 'Ambtshalve toepassing van het EU-mededingingsrecht', *SEW* 2011, p. 60.

Op situaties waarin een schending van de regels van art. 4 en art. 7 wordt gevolgd door een positieve commissiebeschikking, kunnen m.i. de voor het staatssteunrecht ontwikkelde beginselen analoog worden toegepast; zie hierna § 4.3.

3.6 *Onrechtmatige daad. Europees recht.* Schending van art. 101 VWEU en art. 102 VWEU kan ook tot aansprakelijkheid van particulieren uit onrechtmatige daad leiden. Deze aansprakelijkheid bestaat zowel naar Europees als naar nationaal recht.

Wat de Europese aansprakelijkheidsgrond betreft, het Hof van Justitie heeft in het reeds in § 3.1 genoemde Manfredi-arrest op zijn overwegingen inzake de nietigheid van de met art. 101 VWEU strijdige overeenkomst nog doen volgen:

‘6o Wat voorts de mogelijkheid betreft om vergoeding te vorderen van schade die is veroorzaakt door een overeenkomst of gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen, zij eraan herinnerd dat afbreuk zou worden gedaan aan de volle werking van art. 81 EG, in het bijzonder het nuttig effect van het in lid 1 daarvan neergelegde verbod, indien niet eenieder vergoeding zou kunnen vorderen van de schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen (zie arrest *Courage en Crehan*, reeds aangehaald, punt 26).’

Het Hof verwijst hier naar het belangrijke arrest *Courage/Crehan* (zie § 3.1), waarin het de vordering tot schadevergoeding van de caféhouder tegen de brouwerij ter zake van de te hoge koopprijs van het bier heeft erkend. Het Hof heeft de aansprakelijkheid van de brouwerij afgeleid uit de verplichting van de nationale rechter om de volle werking van het Unierecht te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten te beschermen. De volle werking van art. 101 VWEU, en in het bijzonder het nuttig effect daarvan, zou worden verminderd indien ‘niet eenieder vergoeding kon vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen’. Het aanvaarden van deze aansprakelijkheid maakt de communautaire mededingingsregels bovendien gemakkelijker toepasbaar, waardoor het handelen in strijd daarmee minder aantrekkelijk wordt en in zoverre wordt bijgedragen aan de handhaving van een daadwerkelijke mededinging in de Europese Unie. Tegen deze achtergrond is het logisch dat niet alleen derden, maar ook partijen bij een overeenkomst die in strijd is met art. 101 VWEU, op grond van schending van art. 101 VWEU een vordering kunnen instellen.⁷⁰

Behalve voor schendingen van art. 101 VWEU geldt de *Courage/Crehan*-aansprakelijkheid vermoedelijk ook voor schendingen van art. 102 VWEU, nu in het arrest wordt gesproken van ‘overeenkomsten en praktijken die de mededinging kunnen beperken of vervalsen’. Zie het arrest *Manfredi*, punt 39 in verbinding met punt 58.

De voorwaarden voor aansprakelijkheid zijn door het Hof, naar wordt aangenomen, uitgewerkt op een wijze die aansluit bij de aansprakelijkheid van de Unie en

70 Aldus de samenvatting van Sieburgh (zie noot 3), p. 516. Zie over de rechtsverhouding tussen partijen de volgende paragraaf.

van de lidstaten.⁷¹ In casu komt dat erop neer dat elke benadeelde een aanspraak heeft op vergoeding van schade die is veroorzaakt door de schending van art. 101 of 102 VWEU; dat recht komt in beginsel ook toe aan een partij bij de overeenkomst tegen haar wederpartij.

3.7 *Onrechtmatige daad. Verhouding Europees recht en nationaal recht: doeltreffendheidsbeginsel en gelijkwaardigheidsbeginsel.* De toepassing van de zojuist geformuleerde norm in concreto is, bij gebreke van gedetailleerde regels van Unierecht, overgelaten aan wat het Hof pleegt te noemen de ‘procedureregels’ (in feite alle toepasselijke regels van materieel en formeel recht) van het nationale recht.⁷²

Onder omstandigheden mag een nationale regel niet worden toegepast. Dat geldt in de eerste plaats wanneer zij het afdwingen van het door het Unierecht gewaarborgde recht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt (doeltreffendheids- of effectiviteitsbeginsel). In het arrest *Courage/Crehan* is aan de aansprakelijkheid tussen de contractspartijen een nadere uitwerking gegeven in verband met de in Engeland geldende regel dat een partij bij een met de wet of de goede zeden strijdige overeenkomst zich tegenover haar wederpartij niet op de overeenkomst kan beroepen, bijvoorbeeld om schadevergoeding te eisen of een prestatie terug te vorderen op grond van onverschuldigde betaling. Die regel is door het Hof niet in strijd met het Europese recht geoordeeld, indien de eerstgenoemde partij in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de schending; zij is met andere woorden in strijd met het Europese recht indien de regel de aanspraak van de zwakkere partij (in casu de pubhouder) op schadevergoeding jegens de sterkere partij (in casu de brouwerij) zou afsnijden.

Indien het nationale recht het doorberekeningsverweer aanvaardt, mag dat blijken de rechtspraak van het Hof van Justitie ook worden toegepast in een zaak waarin een aansprakelijkheid naar Europees recht aan de orde is. Zie over dat verweer hierna § 3.10 en 3.11.

Het is moeilijk in het Nederlandse recht regels aan te wijzen waarvan de toepassing op het doeltreffendheidsbeginsel zou kunnen afstuiten. Te denken is aan het vereiste van toerekenbaarheid en aan het relativiteitsvereiste, die beide als zodanig aan de Europese aansprakelijkheidsregeling vreemd zijn.

Het vereiste van toerekenbaarheid zal in deze materie geen beperkende rol spelen, aangezien een gedraging in strijd met art. 101 VWEU moeilijk anders dan aan schuld te wijten kan zijn en anders zonder moeite kan worden toegerekend op grond van verkeersopvattingen (art. 6:162 lid 3).

⁷¹ Zie Sieburgh, a.w., p. 521 e.v.

⁷² Zie bijvoorbeeld het arrest *Courage/Crehan*, punt 29: ‘29 Bij gebreke van een communautaire regelgeving ter zake is het echter een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechterlijke instanties aan te wijzen en de procedureregels vast te stellen voor vorderingen die worden ingediend ter bescherming van de rechten die de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontleen, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) (...)’

Het relativiteitsvereiste heeft drie aspecten: het ziet op de vraag wie door de geschonden norm wordt beschermd, op de geleden schade en op de wijze waarop de schade is geleden. De eerste functie kan geen beperkende rol spelen, gelet op de ruime wijze waarop het Hof art. 101 VWEU uitlegt. Zou het relativiteitsvereiste in zijn eerste functie een kleinere groep van personen als beschermd aanwijzen dan de rechtspraak van het Hof, dan prevaleert die rechtspraak op grond van het beginsel van voorrang van het Europese recht boven het nationale recht.

De beide andere functies bevinden zich in de 'vrije ruimte' waarin de uitwerking van de in art. 101 VWEU opgesloten aansprakelijkheidsnorm aan het nationale recht is overgelaten. Het is moeilijk voor te stellen dat zij tot een zodanige beperking zouden leiden van het door art. 101 VWEU in 's Hof's uitleg gewaarborgde recht, dat het doeltreffendheidsvereiste in het geding zou komen.

Hetzelfde geldt voor bepalingen van het Nederlandse schadevergoedingsrecht. Doorgaans zijn deze normen ruim en flexibel geformuleerd. Een uitzondering is art. 6:106 BW inzake immateriële schade, maar dat soort schade zal in deze materie niet van praktisch belang zijn.

In de tweede plaats mogen nationale regels niet worden toegepast wanneer zij in het Europese geval dat aan de orde is ongunstiger voor de benadeelde zijn dan de regels die voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden (strijd met het Europeesrechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel). Het komt mij vooralsnog niet waarschijnlijk voor dat daarvan in de onderhavige materie sprake kan zijn.⁷³

3.8 Onrechtmatige daad. Nederlands recht. De vorige paragraaf had betrekking op de toepassing van het Nederlandse recht in het kader van een aansprakelijkheid op grond van het Europese recht, zoals door het Hof uit art. 101 VWEU afgeleid. Behalve naar Europees recht leidt de overtreding van art. 101 VWEU ook tot aansprakelijkheid uit art. 6:162 BW. De Nederlandse rechtspraak biedt daarvan verscheidene voorbeelden. Zij hebben gemeen dat zonder meer van aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 wordt uitgegaan indien vaststaat dat art. 101 of 102 VWEU (of de daarmee corresponderende bepalingen in de Mededingingswet, art. 6 en 24) is geschonden. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 17 maart 2007, LJN BA0926 (CEF/Bestuurders FEG) (waar de vordering tot schadevergoeding wegens inbreuk op art. 81 lid 1 EG afstuitte op verjaring); Rb. Utrecht 10 september 2009, LJN BF0377 (Mr. Veerman qq/NVM) (vordering tot schadevergoeding wegens schending art. 81 lid 1 EG toegewezen); Vzr. Rb. Amsterdam 3 december 2009, LJN BK6496 (Eiseressen/KIA Motors) (bij schending van mededingingsrecht kan er een contracteerplicht bestaan op grond van onrechtmatige daad).

In deze zaken werd de vordering ingesteld door een derde. In het vonnis van de Rechtbank Assen 13 december 2006, LJN AZ5003 ging het om een vordering van

73 Men zie voor een nauwkeurige bespreking van de betekenis van het doeltreffendheidsbeginsel en het gelijkwaardigheidsbeginsel op het gebied van de overheidsaansprakelijkheid, in het bijzonder de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak, C.H. Sieburgh, *Ich weiss nicht was soll es bedeuten. Europees recht en nationaal privaatrecht: voorrang en samenloop*, Bundel Nieuwenhuis 2009, p. 239 e.v.

een franchisenemer tegen een franchisegever; de rechtbank besliste dat de overeenkomst nietig was wegens strijd met de Mededingingswet, hetgeen aanleiding kan zijn voor een schadevergoeding op de grondslag van onrechtmatige daad.

De lagere rechtspraak levert verder geen gegevens op die interessant zijn in het kader van dit preadvies. Met name wordt, waar het gaat om de schending van art. 101 en 102 VWEU, geen onderscheid gemaakt tussen een aansprakelijkheid op grond van het Europese recht en een aansprakelijkheid op grond van art. 6:162. Dat behoeft niet te verbazen, gelet op de globale wijze waarop de aansprakelijkheid in deze uitspraken aan de orde is gekomen; van detailleringen in het kader van de door art. 6:162 gestelde vereisten of van het schadevergoedingsrecht, zoals hierboven aangegeven, was geen sprake.

3.9 Onverschuldigde betaling. Europees recht. In het Unierecht heeft de vordering uit onverschuldigde betaling een belangrijke functie. Het VWEU zwijgt over deze materie, maar in de secundaire wetgeving is de terugvordering wegens onverschuldigde betaling bekend. Door het Hof van Justitie is de vordering uit onverschuldigde betaling in verschillende gevallen erkend, zowel in rechtsverhoudingen tussen de overheid en particulieren als in rechtsverhoudingen tussen particulieren onderling. Tussen overheid en particulieren gaat het vooral om vorderingen ter zake van door lidstaten in strijd met het Unierecht geheven belastingen en rechten, en om vorderingen ter zake van ten onrechte uitgekeerde subsidies. In het kader van dit preadvies, dat over horizontale werking van het Unierecht gaat, kan met deze vermelding worden volstaan.⁷⁴

Wat Europeesrechtelijk relevante rechtsverhoudingen tussen particulieren betreft, kan de vordering uit onverschuldigde betaling in het bijzonder aan de orde zijn bij prestaties verricht op grond van een nietige overeenkomst. De nietigheid van een overeenkomst kan voortvloeien uit art. 101 VWEU, alsmede uit de strijdigheid van een overeenkomst met een andere bepaling van verdragsrecht, met een algemeen beginsel van Unierecht en met een verordening. Op deze plaats gaat het om art. 101 VWEU.

Terugvordering van prestaties wordt niet in het artikel geregeld, maar het lijkt mij aannemelijk dat uit de rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid dat uit het Unierecht een recht op terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen voortvloeit; het ontbreken daarvan zou immers evenals het ontbreken van een recht op schadevergoeding afbreuk doen aan de volle werking van het verbod van art. 101 VWEU (zie het reeds besproken arrest *Courage/Crehan*). Maar de uitwerking daarvan is evenals die van het recht op schadevergoeding aan het nationale recht overgelaten. Ook hier kan het arrest *Courage/Crehan* tot leidraad dienen. Zoals vermeld heeft het Hof van Justitie in die uitspraak een nationale regel die het recht op schadevergoeding zou onthouden aan een contractspartij die niet in aanzienlijke mate verantwoordelijk is voor de verstoring van de mededinging, in strijd met het effectiviteitsbeginsel geacht. Mede gelet op de vraagstelling en de algemene formulering

74 Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 82 e.v. Zie over terugvordering van staatssteun hierna § 4.2.

van het Hof (waarin gewag wordt gemaakt van ‘een aanspraak op bescherming in rechte (“relief”), met name om vergoeding te vorderen’ en van ‘alle beschikbare rechtsmiddelen’), maar vooral ook op de ratio van de uitspraak, kan gevoeglijk worden aangenomen dat hetzelfde zal gelden voor een – eveneens door het Engelse recht uitgesloten – vordering tot restitutie van een op grond van een wegens art. 101 VWEU nietige overeenkomst verrichte prestatie.⁷⁵

Mutatis mutandis hetzelfde zal gelden indien is betaald op grond van een overeenkomst bij het sluiten waarvan gebruik is gemaakt van een machtspositie als bedoeld in art. 102 VWEU. Een dergelijke overeenkomst is nietig; zie hiervoor § 3.4. De vordering tot terugbetaling van de betaalde som, voor zover onredelijk hoog, is door het Hof van Justitie aanvaard in een geval waarin een overheidsbedrijf (veronderstellenderwijs) zijn machtspositie had misbruikt bij het opleggen van havenheffingen.⁷⁶ Gelet op de strekking van het artikel rechtstreeks te werken tussen particulieren, is er geen reden om hier een onderscheid te maken tussen terugvordering van een overheidsbedrijf en terugvordering van een particulier. Ook het verdrag zelf maakt ten aanzien van art. 102 VWEU geen onderscheid tussen beide soorten ondernemingen; zie art. 106 lid 1 VWEU. In het zojuist genoemde arrest erkende het Hof zowel het recht op terugvordering als het recht op schadevergoeding. Het ligt voor de hand op dit stuk een volledige parallellie tussen art. 101 VWEU en art. 102 VWEU aan te nemen.

3.10 *Onverschuldigde betaling. Nederlands recht.* Naar Nederlands recht is de vordering uit onverschuldigde betaling geen probleem. Zij wordt geregeld in art. 6:203-6:211 BW. Zij kan ook in door het Europese recht beheerste situaties worden ingezet. De Nederlandse rechter zal gehouden zijn haar ten gunste van een door het Europese recht beschermde eiser toe te wijzen in een Europese casuspositie die vergelijkbaar is met een nationale casuspositie waarin de vordering zou zijn toegewezen. Het gelijkwaardigheidsbeginsel dwingt daartoe.

De regeling van de vordering is vrij gedetailleerd. Het is moeilijk in abstracto te zeggen of zij beperkingen bevat die door het Hof van Justitie in strijd met het effectiviteitsbeginsel zouden worden geacht. Zeker is dat het Hof door het nationale recht gestelde beperkingen aanvaardt. Wat vorderingen van de overheid tegen particulieren ter zake van ten onrechte verstrekte subsidies betreft, kan bijvoorbeeld worden gewezen op het arrest *Deutsche Milchkontor*.⁷⁷ Het Hof staat in dit geval de hantering toe van nationale regels die de terugvordering kunnen beperken, op gronden zoals de bescherming van het gerechtvaardigd vertrouwen, het tenietgaan van de ongerechtvaardigde verrijking, het verstrijken van een termijn of de omstandigheid dat de administratie wist of door grove schuld niet wist dat zij de betrokken subsidie ten onrechte toekende, op voorwaarde evenwel dat daarbij dezelfde eisen worden

75 Evenzo A. Jones, *Restitution and European Community Law*, 2000, p. 188-189; Th. Riem, in: Langenbucher (red.), p. 172 e.v.

76 HvJ EG 17 juli 1997, *GT-Link/Danske Statsbaner*, C-242/95, *Jurispr.* 1997, p. I-4449.

77 HvJ EG 21 september 1983, *Deutsche Milchkontor/Bondsrepubliek Duitsland*, 205/82, *Jurispr.* 1983, p. 2633.

gesteld als voor de terugvordering van financiële prestaties met een zuiver nationaal karakter en dat met het belang van de Unie ten volle rekening wordt gehouden.

Wat vorderingen tegen de overheid en vorderingen tussen particulieren betreft, kan worden gewezen op het doorberekeningsverweer. Dit verweermiddel is door het Hof van Justitie zowel bij vorderingen uit onverschuldigde betaling als bij vorderingen uit onrechtmatige daad geaccepteerd. Dat betekent in deze context dat het Unierecht zich er niet tegen verzet dat het nationale recht de teruggaaf van onverschuldigd betaalde heffingen uitsluit wanneer deze tot een ongegronde verrijking van de rechthebbende zou leiden. Dat is (uitsluitend)⁷⁸ het geval indien de eiser de heffingen in de prijs van de goederen heeft doorberekend en aldus op zijn afnemers heeft afgewenteld, tenzij hij daardoor andere schade heeft geleden, bijvoorbeeld door vermindering van winst, omzet of marktaandeel. Zie verder hierover § 3.11. Het is niet zeker of het Nederlandse recht dit verweer bij de vordering uit onverschuldigde betaling kent. In de rechtspraak is het erkend door het Gerechtshof Den Haag in de aanstonds te behandelen zaak. Naar mijn mening kan het verweer in het kader van de vordering uit onverschuldigde betaling (die naar Nederlands recht niet een toepassing van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking en dus geen schadevergoedingsvordering is) worden gezien als een bijzondere toepassing van de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid; zie daarover mijn conclusie voor HR 14 januari 2005, NJ 2007, 481 m.nt. Jac. Hijma (Ahold/Staat). Maar indien zou blijken dat het Nederlandse recht het verweer bij deze vordering niet kent, mag het door de rechter ook niet worden aanvaard in een zaak waarin de terugvordering betrekking heeft op in strijd met het Unierecht verrichte betalingen, aangezien de eiser dan ongunstiger zou worden behandeld dan in een zuiver nationale zaak.

Over deze uitspraak van de Hoge Raad en haar relatie tot de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag en mijn conclusie merk ik ter verduidelijking – het betreft een gecompliceerde materie – het volgende op. Het ging in deze zaak om de vordering van Ahold tegen de Staat tot betaling van wettelijke rente over de accijnsbedragen die de Staat in strijd met art. 90 EG-Verdrag had geheven en inmiddels had terugbetaald. Het Gerechtshof Den Haag achtte die vordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet toewijsbaar (zie art. 6:2 lid 2 BW), omdat Ahold de accijnzen vrijwel direct aan haar afnemers heeft doorberekend en geen marktaandeel, omzet- of margeverlies heeft geleden, terwijl een eventuele geringe schade harerzijds reeds meer dan afdoende is gecompenseerd door de restitutie van de bedragen. Men herkent in het eerste gedeelte van deze volzin de formuleringen van het Hof van Justitie inzake het doorberekeningsverweer, die hier door het Haagse Gerechtshof echter niet worden toegepast op de terugvordering van de hoofdsom (de accijnsbedragen waren immers door de Staat aan Ahold terugbetaald), maar op de vordering tot betaling van de wettelijke rente. De Hoge Raad vernietigde de beslissing (in overeenstemming met mijn conclusie) op grond van de regeling van

⁷⁸ Een uitbreiding van het op ongerechtvaardigde verrijking gebaseerde verweer buiten de grenzen van het doorberekeningsverweer is door het Hof van Justitie afgewezen in het arrest van 6 september 2011 inzake *Lady & Kid*, C-389/09, zulks in afwijking van de conclusie van A-G Villalón.

de wettelijke rente (art. 6:119 BW), die de schadevergoeding ter zake van de te late betaling van geldschulden fixeert op de wettelijke rente en de door het Hof aangenomen uitzondering niet toelaat.

In mijn conclusie werd de aanvaarding van de ‘exceptie ter zake van ongerechtvaardigde verrijking’ met betrekking tot een ander onderdeel van de casuspositie bepleit. De vorderingen van de eiseres Ahold tot betaling van wettelijke rente bestonden voor een deel uit vorderingen van douane-expediteurs, die aan Ahold waren gecedeerd. Deze douane-expediteurs hadden de accijnsbedragen in eerste instantie ten behoeve van Ahold aan de Staat afgedragen en hadden deze bedragen telkens kort daarna van Ahold terugontvangen. In feite vorderde Ahold dus in zoverre tweemaal wettelijke rente over dezelfde vorderingen. Naar mijn oordeel zou toewijzing resulteren in een ongerechtvaardigde verrijking van Ahold ten koste van de Staat, hetgeen voorkomen zou worden door de vorderingen in zoverre af te wijzen als onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid.⁷⁹ De Hoge Raad heeft echter dit gedeelte van de conclusie niet gevolgd, zonder daaraan aandacht te besteden. Kennelijk (en begrijpelijk) was de Hoge Raad van oordeel dat een betoog van deze strekking niet in het door de Staat voorgestelde incidentele cassatiemiddel kon worden gelezen; en hij heeft de uitspraak ten aanzien van deze vorderingen niet ambtshalve (buiten het middel om) in stand willen laten. Dat laatste is de cassatierechter wel toegestaan, uiteraard mits hij van oordeel is dat de feitelijke grondslag voldoende duidelijk is. In dit verband is van belang dat de Hoge Raad terughoudend is met het zelf beoordelen wat de redelijkheid en billijkheid meebrengen en a fortiori met het ambtshalve toepassen daarvan. Daarop kan hier niet verder worden ingegaan.

Er zij nog op gewezen dat waar het gaat om onverschuldigde betalingen door of aan de overheid, behalve met het burgerlijk recht rekening moet worden gehouden met het bestuursrecht. Sinds 2009 is daarvoor in het bijzonder de regeling van art. 4:85 e.v. Algemene wet bestuursrecht van belang, maar ook daarvoor berustte de terugvordering dikwijls op een beschikking en werden geschillen door de bestuursrechter berecht. Daarop wordt in dit preadvies niet ingegaan.⁸⁰

3.11 *Ongerechtvaardigde verrijking. Europees recht.* Voor de beoordeling van de plaats van de ongerechtvaardigde verrijking in het Unierecht is in de eerste plaats relevant hoe haar verhouding tot de hiervoor besproken vordering uit onverschuldigde betaling moet worden gezien. Niet duidelijk is of de vordering uit onverschuldigde betaling, waar zij door het Hof van Justitie en het Gerecht is erkend, naar Unierecht steeds als een toepassing van het verrijkingsbeginsel moet worden beschouwd. Het Gerecht

79 Zie voor de aan deze opvatting ten grondslag liggende gedachtegang A.S. Hartkamp, *Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2001, tevens gepubliceerd in WPNR 2001, 6440-6441; C. Asser, A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. De verbintenis uit de wet. Deel 6-IV*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 483 e.v. (hierna: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011).

80 Zie daarover M.M. Scheltema, *Bestuurlijke geldschulden*, Deventer: Kluwer 2010.

heeft daartoe kennelijk de neiging; zie bijvoorbeeld het arrest Corus/Commissie,⁸¹ waar in de punten 56 en 60 gewag wordt gemaakt van een 'in het nationale recht van de lidstaten algemeen erkend beginsel in verband met de terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen op grond van het beginsel van het verbod van ongerechtvaardigde verrijking'. A-G Geelhoed laat zich in zijn conclusie voor het arrest Penycoed in dezelfde zin uit.⁸² Het Hof geeft er echter de voorkeur aan de vordering uit onverschuldigde betaling rechtstreeks op de bepalingen of het stelsel van het Unierecht te grondvesten, zo nodig in combinatie met een beroep op het effectiviteitsbeginsel, maar erkent wel correcties op grond van het beginsel van de ongerechtvaardigde verrijking.

Naar Nederlandse opvatting is er geen bezwaar tegen de vordering uit onverschuldigde betaling te beschouwen als een toepassing van het verrijkingsbeginsel, hetgeen iets anders is dan haar te zien als een toepassing van de verrijkingsactie.⁸³ Naar Nederlands recht is sprake van verschillende rechtsvorderingen, met verschillende toepassingsvereisten en rechtsgevolgen. Bij de huidige stand van zaken is er geen reden om hierover naar Europees recht anders te oordelen.

Erkent het Unierecht een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking tussen particulieren? Bij de huidige stand is dat nog niet het geval, maar er zijn twee aanwijzingen dat dit uiteindelijk wel zal gebeuren.

De eerste aanwijzing is dat het Hof in het arrest Masdar⁸⁴ een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking tegen de Unie heeft erkend. Het heeft, na vooropgesteld te hebben dat de beginselen die de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben de verbintenis uit ongerechtvaardigde verrijking omvatten, de gehoudenheid van de Gemeenschap op art. 288 EG-Verdrag (thans art. 340 VWEU) gebaseerd, met als argument dat ontkenning daarvan zou leiden tot een resultaat dat 'in strijd is met het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming zoals dat is erkend door de rechtspraak van het Hof en opnieuw is bevestigd in artikel 47 van het op december 2000 te Nice vastgestelde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie'. Het heeft overigens de vordering in het onderhavige geval afgewezen, in wezen op de door het Gerecht gebezigde gronden (een verrijking is niet ongerechtvaardigd indien zij is gebaseerd op contractuele verplichtingen), echter zonder de actie als subsidiair te kenschetsen.⁸⁵ Het is alleszins mogelijk dat de jurisprudentie hier zal verlopen zoals bij die inzake de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, waar achtereenvolgens de aansprakelijkheid van de Unie (op basis van art. 340 VWEU), die van de lidstaten en ten slotte die van particulieren ter zake van de schending van Unierecht zijn erkend.

De tweede aanwijzing is dat het Hof van Justitie, zoals reeds in § 3.10 werd vermeld, wel reeds een verweermiddel gebaseerd op ongerechtvaardigde verrijking

81 GvEA 10 oktober 2001, Corus/Commissie, T-171/99, Jurispr. 2001, p. II-2967.

82 Conclusie van 13 februari 2003, Intervention Board/Pennycoed, C-230/01, Jurispr. 2004, p. I-937, punt 71.

83 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 418.

84 Zie noot 5.

85 Zie verder hierover, mede over eerdere aanzetten in de jurisprudentie, Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 78 e.v.

heeft erkend. Ook hier gaat het weer om de situatie dat een recht door het Unierecht in beginsel wordt erkend, maar zonder nadere uitwerking, zodat de rechthebbende daarvoor op de 'procedureregels' van het nationale recht is aangewezen. Onder meer in de arresten Just, San Giorgio en Comateb⁸⁶ werd beslist dat het Unierecht zich er niet tegen verzet dat het nationale recht de teruggaaf van onverschuldigd betaalde heffingen uitsluit wanneer deze tot een ongegronde verrijking van de rechthebbende zouden leiden. Dat is het geval indien de eiser de heffingen in de prijs van de goederen heeft doorberekend en aldus op zijn afnemers heeft afgewenteld, tenzij hij daardoor andere schade heeft geleden, bijvoorbeeld door vermindering van winst, omzet of marktaandeel. De bewijslast ter zake dient op het aangesproken overheidsorgaan te rusten.⁸⁷ Het verweer moet in overeenstemming met de algemene beginselen van het Unierecht, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel, worden toegepast.⁸⁸

Ook in de context van een vordering uit onrechtmatige daad ter zake van een overtreding van het mededingingsrecht heeft het Hof melding gemaakt van het genoemde verweer (doorberekeningsverweer of *passing on defence*), zo blijkt uit het eerdergenoemde arrest Courage/Crehan:

'30 Dienaangaande heeft het Hof reeds geoordeeld, dat het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet belet erop toe te zien dat de bescherming van de door de communautaire rechtsorde gewaarborgde rechten niet uitloopt op een ongerechtvaardigde verrijking van de rechthebbenden (...).'

In deze context is het verweer minder opmerkelijk, aangezien de vordering uit onrechtmatige daad een schadevergoedingsvordering is. Overigens staat het aan het nationale recht ook vrij het verweer niet te erkennen, uit overweging dat daardoor de effectiviteit van de sanctie op overtreding van het mededingingsrecht wordt vergroot.⁸⁹

Het is niet moeilijk om casusposities te bedenken waarin een vordering ter zake van ongerechtvaardigde verrijking tussen particulieren zinvol zou zijn. Elders heb ik de casus van het Bostock-arrest genoemd.⁹⁰ In de onderhavige materie denke men aan de situatie dat de in strijd met het mededingingsrecht van pubhouder Crehan

86 HvJ EG 27 februari 1980, Just, 68/79, Jurispr. 1980, p. 501; HvJ EG 9 november 1983, Administratie van de Staatsfinanciën/San Giorgio, 199/82, Jurispr. 1983, p. 3595; HvJ EG 14 januari 1997, Comateb, C-192/95 t/m 218/95, Jurispr. 1997, p. I-165, NJ 1997, 681.

87 Zie hierover uitvoerig A-G Geelhoed in zijn conclusie voor het arrest Commissie/Italië (C-129/00), punten 68-100 (ten dele geciteerd in de noot van Mok in NJ 2004, 582).

88 HvJ EG 10 april 2008, Marks & Spencer/Commissioners of Customs and Excise, C-309/06, Jurispr. 2008, p. I-2283.

89 Zo in Nederland B.T.M. van der Wiel, 'Is het Nederlandse schadevergoedingsrecht voldoende doeltreffend?', NJB 2009, 600, p. 724 e.v., tegen onder meer Van Leuken, WPNR 2007 6734/5, p. 1028 e.v. In Duitsland is het verweer in beginsel uitgesloten; § 33 Abs. 3 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen), waarover Zippro (diss.), p. 396.

90 A.S. Hartkamp, 'The General Principles of EU Law and Private Law', *RebelsZ* 75 (2011), p. 241 e.v., 258. In HvJ EG 24 maart 1994, Ministry of Agriculture/Bostock, C-2/92, Jurispr. 1994, p. I-955 heeft het Hof beslist dat indien bij het einde van de pachtovereenkomst de aan de pachter toegekende referentiehoeveelheid melk aan de verpachter vervalt, naar gemeenschapsrecht geen recht op vergoeding bestaat.

bedongen en door deze verrichte betalingen niet meer teruggevorderd kunnen worden van de contractuele wederpartij, bijvoorbeeld wegens faillissement, terwijl een derde partij (bijvoorbeeld een concernvennootschap) daarvan ongerechtvaardigd heeft geprofiteerd.

3.12 *Ongerechtvaardigde verrijking. Nederlands recht.* In het Nederlandse recht is de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking in art. 6:212 BW erkend. In de Nederlandse rechtspraak wordt zij ruimhartig toegepast.⁹¹ Zij kan uiteraard ook in door het Europese recht beheerste situaties worden ingezet. De Nederlandse rechter zal gehouden zijn haar ten gunste van een door het Europese recht beschermde eiser toe te wijzen in een Europese casuspositie die vergelijkbaar is met een nationale casuspositie waarin de vordering zou zijn toegewezen. Het gelijkwaardigheidsbeginsel dwingt daartoe.

3.13 *Indirecte horizontale werking.* Het feit dat art. 101 VWEU een van de weinige verdragsbepalingen is die rechtstreeks van toepassing is op het gedrag van ondernemingen, neemt niet weg dat het artikel ook indirecte horizontale werking kan uitoefenen, en zulks op alle drie van de in § 2.7 bedoelde manieren. Een voorbeeld van doorwerking via een nationale open norm is te vinden in het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 27 augustus 2003, LJN ZI1639, waar de rechtbank een contractueel beding van een onderneming nietig acht wegens strijd met de openbare orde, indien daarmee is beoogd uitvoering te geven aan een nietig prijsbeleid tussen andere ondernemingen. Voorts treft het artikel nationale overheidshandelingen (waaronder wetgeving) die een in art. 101 VWEU bedoelde gedraging opleggen of bevorderen.⁹² Dit aspect van het artikel speelde een rol in de zaak Van Schijndel (zie hierna § 8.3).

§ 4 Staatssteun

4.1 Tot de verdragsbepalingen inzake mededinging behoren ook art. 107 e.v. VWEU over staatssteun. Deze bepalingen richten zich anders dan art. 101 en 102 VWEU niet tot ondernemingen, maar tot de lidstaten.⁹³ Zij hebben dus geen directe horizontale werking. Maar indien de staatssteun wordt verleend door middel van privaatrechtelijke overeenkomsten, geven zij tot soortgelijke vragen op het gebied der nulliteiten aanleiding. Bovendien is het mogelijk dat de bepalingen indirecte horizontale werking hebben. Daarom wordt hier kort op staatssteun ingegaan.

4.2 *Europees recht.* Blijkens art. 108 lid 3, eerste zin, VWEU dienen lidstaten de Commissie op de hoogte te brengen van voorgenomen steunmaatregelen aan

91 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 454 e.v.

92 Zie P.J.G. Kapteyn en P. Verloren van Themaat (red.), *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 648.

93 HvJ EG 11 juli 1996, SFEI/La Poste, C-39/94, *Jurispr.* 1996, p. I-3547.

ondernemingen. De reden daarvoor is dat ook steunmaatregelen van de overheid gemakkelijk een concurrentieverstorende werking kunnen hebben en daarom in beginsel in strijd zijn met het goed functioneren van de interne markt indien zij het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. Dergelijke steunmaatregelen zijn verboden, behoudens uitzonderingen, die exclusief door de Commissie worden beoordeeld (art. 107 lid 3 VWEU jo. art. 108 VWEU). Indien de Commissie meent dat het voornemen onverenigbaar is met de interne markt, stelt zij een onderzoek in volgens de procedure van art. 108 lid 2. Blijkens de derde zin van lid 3 kan de betrokken lidstaat de voorgenen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid. Het Hof van Justitie heeft beslist dat steunmaatregelen die in strijd met deze bepaling – dat wil zeggen zonder dat de kennisgeving is verricht of voordat de procedure is afgerond – worden uitgevoerd, ongeldig zijn; de nationale rechter dient hieruit ‘alle consequenties te trekken, zowel wat betreft de geldigheid van handelingen tot uitvoering van de betrokken steunmaatregelen, als wat de terugvordering betreft van in strijd met deze bepaling of met eventuele voorlopige maatregelen verleende financiële steun’.⁹⁴

Hoewel de bepaling van de gevolgen van de ongeldigheid in beginsel aan het nationale recht is overgelaten, heeft het Hof van Justitie zelf geoordeeld dat de ongeldigheid niet wordt gedekt door een beschikking van de Commissie waarbij de steun verenigbaar met de interne markt wordt verklaard.⁹⁵ Elke andere uitleg, aldus het Hof, zou de schending door de betrokken lidstaat van art. 88 lid 3, laatste volzin, EG-Verdrag in de hand werken en deze bepaling van haar nuttig effect beroven. Uit een volgend arrest blijkt evenwel dat deze soep aanzienlijk minder heet wordt gegeten dan zij werd opgediend. Het Unierecht legt namelijk in dat geval niet de verplichting op tot terugvordering van reeds tot uitvoering gebrachte steun, maar wel om daarover de rente te vorderen die de ontvanger had moeten betalen indien hij het bedrag in de periode tot de commissiebeschikking had moeten lenen.⁹⁶ Een verplichting tot terugvordering kan wel uit het nationale recht voortvloeien.⁹⁷

Voor de tussenliggende periode is derhalve van belang dat de onrechtmatigheid van de steunverlening door de positieve beschikking van de Commissie niet wordt opgeheven. De nationale rechter kan daarom ‘genoopt zijn verzoeken tot vergoeding van de schade die is ontstaan wegens de onrechtmatigheid van de steunmaatregel, toe te wijzen’.⁹⁸ Zie over deze aansprakelijkheid hierna § 4.4.

4.3 *Nederlands recht. Contractuele rechtsgevolgen.* Aangenomen mag worden dat, indien de uitvoeringsmaatregel een privaatrechtelijke rechtshandeling is – men denke aan de verkoop van grond door de gemeente Alkmaar aan voetbalclub AZ, zoals aan de orde was in HR 7 oktober 2005, NJ 2006, 131 (Gemeente Alkmaar/

94 HvJ EG 21 november 1992, FNCE, C-354/90, Jurispr. 1992, p. I-5505, punt 12; arrest SFEI (vorige noot), punt 40.

95 Arrest FNCE (vorige noot), punt 16; HvJ EG 5 oktober 2006, Transalpine Ölleitung/Finanzlandesdirektion für Tirol, C-368/04, Jurispr. 2006, p. I-9957, punt 41.

96 HvJ EG 12 februari 2008, CELF/SIDE, C-199/06, Jurispr. 2008, p. I-469, punt 52.

97 Arrest CELF (vorige noot), punt 53.

98 Ibidem.

Bedrijvenvereniging) – deze in beginsel nietig is wegens strijd met art. 3:40 lid 2 BW.⁹⁹ Aldus ook de Rechtbank Rotterdam en het Haagse Gerechtshof, zowel in de zaak *Commerz/Havenbedrijf Rotterdam*¹⁰⁰ als in de zaak die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 28 mei 2010, NJ 2010, 299 (*Residex Capital IV CV/Gemeente Rotterdam*). De Hoge Raad accepteerde dit rechtsgevolg in beginsel, maar legde aan het Hof van Justitie de vraag voor of nietigheid de juiste sanctie is indien zij niet leidt tot de ongedaanmaking van de verleende steun. Het ging in casu om een door de overheid verleende garantie (borgtocht) ter zake van een door de ontvanger daarvan aan een onderneming verstrekte lening. Weliswaar werd de garantie beschouwd als (onderdeel van de) staatssteun, maar de nietigheid daarvan leidt op zichzelf niet tot de ongedaanmaking van het door de onderneming genoten voordeel.¹⁰¹

De nietigheid van de rechtshandeling is absoluut en kan door eenieder worden ingeroepen, dus ook door een benadeelde concurrent.

Wat het geval betreft van een latere positieve beschikking van de Commissie, zal het van het nationale recht afhangen of daardoor de nietigheid van een inmiddels verrichte privaatrechtelijke rechtshandeling wordt opgeheven. Voor het Nederlandse recht zou ik dat niet willen laten afhangen van het antwoord op de vraag of art. 3:58 BW (bekrachtiging) zich voor toepassing leent, omdat die bepaling hier niet een passende oplossing biedt. In de eerste plaats zou haar toepasselijkheid vereisen dat een te late aanmelding en/of een positieve commissiebeschikking als ontbrekende geldigheidsvereisten in de zin van deze bepaling kunnen worden beschouwd. Bij de beschikking ligt dat niet voor de hand, nu geen sprake is van een vergunning of gelijksoortige toestemming van een overheidsorgaan. Maar ook als men deze vraag bevestigend beantwoordt, zou bekrachtiging niettemin uitblijven indien niet is voldaan aan het vereiste dat ‘alle onmiddellijk belanghebbenden die zich op dit gebrek hadden kunnen beroepen, in de tussen de handeling en de vervulling van het vereiste liggende tijdsruimte de handeling als geldig hebben aangemerkt’. Juist dat doet zich in de onderhavige context veel voor, omdat een commissieonderzoek pleegt te worden ingeleid door een klacht van een concurrent van de onderneming die steun heeft ontvangen met miskennis van de procedureregels van art. 108 VWEU. Ten slotte zou mijns inziens de aan de bekrachtiging van art. 3:58 BW verbonden terugwerkende kracht niet kunnen intreden, aangezien zij in strijd is met de in het vorige paragraaf geciteerde arresten FNCE en CELF. Deze bedenkingen maken duidelijk dat de weg van art. 3:58 BW hier niet geschikt is.

Het lijkt mij daarom verkieslijk de oplossing in art. 3:40 lid 2 BW zelf te zoeken. Blijkens deze bepaling leidt strijd met een dwingende wetsbepaling tot nietigheid, voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit. Mede gelet op de

99 Zie P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2006, p. 298 e.v., alwaar ook buitenlandse rechtspraak wordt vermeld, en P.C. Adriaanse, ‘Privaatrechtelijke aspecten van handhaving van het staatssteun-recht’, *VrA* 2007/3, p. 24 e.v.; M.R. Mok, *SEW* 2006, p. 450.

100 Rb. Rotterdam 24 januari 2007, LJN AZ6902; Hof Den Haag 1 februari 2011, LJN BP6129, NJF 2011, 162.

101 Deze vraag is inmiddels door A-G Kokott ontkennend beantwoord (conclusie in zaak C-275/10, *Residex/Gemeente Rotterdam*).

uitspraak in CELF moet deze strekking in die zin worden verstaan dat de rechtshandeling nietig is en blijft indien de steun onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard, maar bestaat er geen bezwaar tegen de rechtshandeling in geval van een positieve commissiebeschikking vanaf dat tijdstip (dus zonder terugwerkende kracht) als geldig aan te merken. In het Duitse recht zou hier van een ‘schwebende Unwirksamkeit’ kunnen worden gesproken, met dien verstande dat deze met terugwerkende kracht kan worden opgeheven, hetgeen in deze context mijns inziens nu juist niet passend is.¹⁰²

4.4 *Nederlands recht. Buitencontractuele rechtsgevolgen.* Opgemerkt werd reeds dat het Hof van Justitie heeft beslist dat de bepalingen inzake staatssteun zich tot de lidstaten richten, niet tot ondernemingen. Schending van die bepalingen kan dus leiden tot aansprakelijkheid van de lidstaat (zie onder meer het arrest CELF, aangehaald in § 4.2) jegens de door de steun benadeelde concurrenten van de gesteunde onderneming. Maar die concurrenten kunnen zich naar Europees recht niet jegens die onderneming op schending van art. 107 VWEU beroepen. Dat staat er echter niet aan in de weg dat de Nederlandse rechter de gedraging van de onderneming onrechtmatig kan oordelen, indien aan de vereisten van art. 6:162 BW is voldaan. Bij het oordeel omtrent hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, kan de rechter de schending van art. 107 VWEU in aanmerking nemen. In de jurisprudentie van het Hof wordt daarmee uitdrukkelijk rekening gehouden, zelfs in die zin dat op de nationale rechter een verplichting kan rusten een aansprakelijkheid op deze grond aan te nemen, indien hij daartoe naar nationaal recht de mogelijkheid heeft; zie de in § 4.2 aangehaalde arresten SFEI, punt 75, en CELF, punt 53.

Op de terugvordering van ten onrechte verleende staatssteun wordt hier niet ingegaan. In het Nederlandse parlement is een wetsvoorstel aanhangig dat daartoe een aparte rechtsgrond beoogt te bieden, los van de onverschuldigde betaling.¹⁰³

§ 5 Vrijverkeerbepalingen

5.1 *Vrijverkeerbepalingen; directe horizontale werking. Europees recht.* Wat de directe horizontale werking van de vrijheden betreft moet blijkens de rechtspraak van het Hof van Justitie waarschijnlijk een onderscheid worden gemaakt tussen de vrijheid van goederenverkeer enerzijds en de vrijheden die betrekking hebben op personen- en dienstenverkeer (vrij verkeer van werknemers, vrijheid van dienstverlening en vrijheid van vestiging) anderzijds.

In verschillende uitspraken heeft het Hof van Justitie aan de vrijheden die betrekking hebben op het personen- en dienstenverkeer directe horizontale werking

102 Anders echter Mok, noot in NJ 2008, 185. Vergelijk over het Duitse recht Palandt/Ellenberger, Rn. 31 voor § 104 BGB; Daniela Heinemann, GPR 2007, p. 62 e.v.

103 Wetsvoorstel 31 418, strekkende tot invoeging van art. 6:212a in het Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van art. 4:80a en 4:80b in de Algemene wet bestuursrecht. Het wetsvoorstel, ingediend in april 2008, heeft het nog slechts tot het verslag van de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer gebracht.

toegekend. Deze ontwikkeling is begonnen in het arrest Walrave.¹⁰⁴ Hierbij wordt meestal gerept van werking met betrekking tot collectieve regelingen, zoals de statuten van een internationale sportorganisatie. Maar daartoe is zij niet beperkt; de doorwerking van de verdragsbepalingen is ook erkend ten aanzien van onder meer de bepalingen van een verzekeringsovereenkomst en het aannemen van personeel door een bank.¹⁰⁵ Gelet op de formuleringen in de verschillende arresten, waar art. 45 VWEU (werknemers) en art. 56 VWEU (dienstverlening, al dan niet in combinatie met art. 49 VWEU, vrije vestiging) in één adem worden genoemd, zou ik willen aannemen dat hier geen verschil bestaat tussen de voormelde drie vrijheden.¹⁰⁶

Verscheidene uitspraken wijzen erop dat het Hof directe horizontale werking ontzegt aan de bepalingen inzake de vrijheid van goederenverkeer (art. 34 VWEU en art. 35 VWEU, betreffende invoerbeperkingen resp. uitvoerbeperkingen). Er zijn m.i. aanwijzingen dat deze rechtspraak aan heroverweging toe is. Een van die aanwijzingen is dat de bedoelde uitspraken van toepassing zijn op overeenkomsten,¹⁰⁷ terwijl in een meer recent arrest over onrechtmatige daad wordt opgemerkt dat 'beperkingen kunnen bestaan uit andere dan overheidsmaatregelen en het gevolg kunnen zijn van handelingen van particulieren of van groeperingen van dergelijke personen'.¹⁰⁸

Over de vrijheid van kapitaalverkeer bestaan nog geen uitspraken. Doorgaans wordt aangenomen dat ook het daarop betrekking hebbende art. 63 VWEU binnen zekere grenzen directe horizontale werking heeft.¹⁰⁹

5.2 Vervolg. Rechtsgevolgen. Over het rechtsgevolg van de horizontale werking laat het Hof zich niet concreet uit. Waar het om rechtshandelingen gaat, volstaat het Hof meestal met de constatering dat de verdragsbepalingen in kwestie ook van

¹⁰⁴ Zie noot 19.

¹⁰⁵ Zie voor nadere gegevens Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 53 e.v., 61 e.v.

¹⁰⁶ Voorzichtiger ten aanzien van diensten Mon BW A30 (Keus), nr. 5.7. Er zijn nog veel onzekerheden. Zo is niet zeker of de directe horizontale werking alleen betrekking heeft op schending van de in de genoemde artikelen verwoorde verboden van maatregelen die een onderscheid maken tussen nationale en grensoverschrijdende gevallen (kortweg aan te duiden als discriminatieverboden) of ook op het verbod van niet-discriminerende beperkingen ('zonderonderscheidmaatregelen'), dat door de rechtspraak van het Hof onder de werking van de bepalingen is gebracht.

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld de op zichzelf duidelijke uitspraak in het arrest Sapod (C-159/00, punt 74), oordelende dat een bepaling in een overeenkomst tussen particulieren niet als belemmering in de zin van art. 28 EG-Verdrag kan worden aangemerkt, aangezien zij niet is vastgesteld door een lidstaat, maar tussen particulieren is overeengekomen.

¹⁰⁸ Zie het arrest Viking (zie noot 7), punt 62, en daarover verder § 5.2.

¹⁰⁹ Zie onder meer P. Von Wilmsowski, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 1996, p. 8 e.v., Craig/De Burca, *EU Law*, p. 725, en Mortelmans, in: Hartkamp/Sieburgh/Keus I (zie noot 3), p. 17 e.v. Meer genuanceerd o.a. T. Körber, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2004, p. 713. Anders Mon BW A30 (Keus), nr. 5.8 en conclusie voor HR 21 januari 2011, NJ 2011, 97 m.nt. M.R. Mok (Essent/Delta), onder 4.5. E.H. Hondius en J. van de Gronden, 'Europa verovert het privaatrecht' (bespreking van het boek Europees recht en Nederlands vermogensrecht), AA 2009, p. 425 willen hier voorzichtigheid betrachten om te voorkomen dat de directe horizontale werking private beschermingsconstructies van vennootschappen onder druk zou zetten. Mok, noot onder het zojuist genoemde arrest (p. 968 r.k.), acht het niet onmogelijk een contractuele clause die erop gericht is het bezit van aandelen in een kapitaalvennootschap voor te behouden aan publiekrechtelijke lichamen van een lidstaat als bepaling in de zin van art. 49 en 63 VWEU te beschouwen.

toepassing zijn op de bestreden regeling van het collectieve reglement of de overeenkomst. De gevolgen hiervan worden klaarblijkelijk aan het nationale recht overgelaten, zij het onder de controle van het Hof, die zich zowel tot de evenredigheid als de doeltreffendheid uitstrekt. Dat tot die gevolgen nietigheid behoort, is duidelijk en wordt bevestigd door de overweging in de arresten *Walrave en Dona*,¹¹⁰ waar het Hof opmerkt dat de bepalingen van (thans) art. 18 VWEU, art. 45 VWEU en art. 56 VWEU door de nationale rechter in aanmerking kunnen (resp. moeten) worden genomen bij de beoordeling van de ‘geldigheid of de gevolgen’ ener reglementsbeoordeling van een sportorganisatie. Een gevolg in internationaal privaatrechtelijke zin is vervat in het arrest *Ingmar/Eaton*,¹¹¹ waarin het Hof (mede) met een beroep op de vrijheid van vestiging de werking van een rechtskeuzeclausule beperkt ter bescherming van de zelfstandige handelsagent.

Een gedraging in strijd met een verdragsbepaling die directe horizontale werking heeft kan ook een *onrechtmatige daad* opleveren, die tot schadevergoeding verplicht of waarvan een verbod kan worden gevorderd. Dit blijkt uit de zaken *Viking* en *Laval*¹¹² inzake geschillen tussen ondernemingen en vakbonden over de rechtmatigheid van collectieve acties. De ondernemingen betoogden dat deze acties onrechtmatig waren wegens inbreuk op (thans) art. 49 VWEU en art. 56 VWEU inzake de vrijheden van dienstverlening en vestiging, waarop zij vorderingen tot verbod en schadevergoeding baseerden. Het Hof oordeelde dat deze genoemde verdragsbepalingen ook voor een collectieve actie van vakbonden gelden en dat zo’n actie een beperking van die vrijheden oplevert die gerechtvaardigd is indien zij een legitiem doel – bestaande in de behartiging van een algemeen belang – dient en aan het proportionaliteitsvereiste voldoet. Het stakingsrecht, dat onder meer blijkt uit het Europees Sociaal Handvest als een grondrecht moet worden beschouwd, is uiteraard een zodanig algemeen belang.¹¹³ Zoals uit de beide uitspraken blijkt, doorstaat het beroep daarop niet zonder meer de toetsing aan het proportionaliteitsvereiste. In het licht van het gememoreerde onderscheid tussen de vrijheid van goederenverkeer en de vrijheden van personen- en dienstenverkeer is interessant dat het Hof in punt 62 van het *Viking*-arrest zijn uitlegging van de verdragsbepalingen bevestigd acht door de rechtspraak met betrekking tot het vrije verkeer van goederen:

‘62 Deze uitlegging wordt bevestigd door de rechtspraak met betrekking tot de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen, waaruit blijkt dat beperkingen kunnen bestaan uit andere dan overheidsmaatregelen en het gevolg kunnen zijn van handelingen van particulieren of van groeperingen van dergelijke personen (zie arrest van 9 december 1997, *Commissie/Frankrijk*, C-265/95, Jurispr. blz. I-6959, punt 30, en arrest *Schmidberger*, reeds aangehaald, punten 57 en 62).’

110 *Walrave* (zie noot 19), punt 25; HvJ EG 14 juli 1976, *Dona/Mantero*, 13/76, Jurispr. 1976, p. 1333, punt 18, NJ 1977, 139, punt 18.

111 HvJ EG 9 november 2000, *Ingmar/Eaton*, C-381/98, Jurispr. 2000, p. I-9305, NJ 2005, 332 m.nt. ThMdB.

112 Zie noot 7.

113 Zie het *Schmidberger*-arrest (noot 26), punt 74.

In die zaken ging het evenwel om een rechtsvordering tegen de lidstaat, die zich bij zijn beslissing tot niet-ingrijpen had laten leiden (althans in de Schmidberger-zaak) door overwegingen verband houdend met de eerbieding van de grondrechten van betogers. In de onderhavige zaak ging het om de rechtsverhouding tussen de gedupeerde onderneming en een andere 'particulier'. De verwijzing naar het Schmidberger-arrest suggereert dat het Hof geen principieel verschil tussen beide vrijheden ziet, hetgeen betekent dat ook aan art. 34 VWEU in een casus als de onderhavige directe horizontale werking kan toekomen.¹¹⁴

5.3 *Nederlands recht. Directe horizontale werking.* Het lijkt geen twijfel dat de Nederlandse rechter de rechtspraak van het Hof van Justitie kan volgen door een overeenkomst of andere rechtshandeling geheel of gedeeltelijk nietig te achten of een onrechtmatige daad aan te nemen wegens schending van een vrijverkeerbepaling van het WEU-Verdrag. Een enkele maal (recentelijk in toenemende mate) wordt daarop in rechte een beroep gedaan.¹¹⁵ Maar mij zijn geen gevallen bekend waarin dat beroep is gehonoreerd.¹¹⁶

Een fraai voorbeeld van directe horizontale werking in de nationale rechtssfeer biedt het vonnis van de Zweedse Arbeidsdomstol (Labour Court) in de Laval-zaak (zie § 5.2). Het gerecht veroordeelde de vakbond Byggnads jegen Laval tot schadevergoeding wegens de schending van art. 56 VWEU.¹¹⁷

Wel is het voorgekomen dat de rechter de gedraging van de gerechtigde tot een intellectueel eigendomsrecht aan de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van goederenverkeer heeft getoetst. Het is echter de vraag of het hier om directe horizontale werking gaat; men kan ook verdedigen dat het hier in wezen gaat om een toetsing van de nationale wetgeving waarin het desbetreffende recht wordt toegekend.¹¹⁸ Een voorbeeld biedt HR 13 januari 1984, NJ 1986, 455, waarin de volgende prejudiciële vraag wordt geformuleerd (waarin de toen gebruikelijke formulering van het Hof van Justitie werd gevolgd: 'Is het in strijd met de regelen inzake het vrije verkeer van

¹¹⁴ Op deze onzekere materie kan hier niet uitvoerig worden ingegaan. Zie daarover A.S. Hartkamp, 'De werking van het EG-Verdrag in privaatrechtelijke verhoudingen. Opmerkingen over directe en indirecte horizontale werking van het primaire gemeenschapsrecht', WPNR 2009, nr. 12 e.v.; Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 54 e.v., 67 e.v. Van Leuken, WPNR 2011, 6901, komt tot dezelfde oplossing via de erkenning van het 'internemarktbeginself', waaraan directe horizontale werking toekomt.

¹¹⁵ Voor alle duidelijkheid: het gaat hier dus niet om gevallen waarin het beroep in een geding tussen particulieren ertoe strekt de strijdigheid van een wetbepaling met het verdrag aan te tonen. Dat komt regelmatig voor, zo in de procedures tussen de Lotto en buitenlandse organisatoren van kansspelen (bijvoorbeeld Hof Arnhem 17 oktober 2006, LJN AZ0222). Zie over deze categorie van 'horizontale werking' § 2.10 en hierna § 5.4.

¹¹⁶ Ik noem Rb. Rotterdam 19 oktober 2005, LJN AU5890 en Hof Den Haag 11 januari 2011, LJN BP6112 (art. 49 EG/56 VWEU zonder succes ingeroepen tegen een statutenwijziging van de Stichting Garantiefonds Reisgelden); Hof Amsterdam 24 februari 2009, NJ 2010, 657 en 29 september 2009, NJ 2010, 658 (art. 49 EG/56 VWEU ingeroepen tegen antenneverbod – zaak afgedaan op basis van art. 10 EVRM); Rb. Den Haag 13 oktober 2010, LJN BO0436 (art. 49 EG/56 VWEU zonder succes ingeroepen tegen weigering door zorgverzekeraar van behandeling in het buitenland).

¹¹⁷ Het vonnis wordt uitvoerig besproken door Bernitz en Reich, CMLR 2011, p. 603 e.v.

¹¹⁸ Zie over deze discussie, waar het de rechtspraak van het Hof van Justitie zelf betreft, Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 91. Dat Hof volgt in elk geval sinds het eind van de jaren tachtig de laatste benadering.

goederen binnen de gemeenschappelijke markt, wanneer een octrooihouder zijn op de wettelijke regeling van een lidstaat berustend recht om zich te verzetten ... uitoefent ...'

5.4 *Indirecte horizontale werking.* In § 2.7 werden drie soorten indirecte horizontale werking genoemd.

De eerste daarvan – doorwerking van het Europese recht via uitleg van het nationale recht – speelt in Nederland bij mijn weten geen rol wat betreft de vrijverkeerbepalingen.¹¹⁹ Zoals bekend is dit geheel anders wat de bepalingen van het EVRM betreft. De reden moet, dunkt mij, worden gezocht in de beperktere reikwijdte van de vrijverkeerbepalingen, maar ook in de onbekendheid van het Unierecht bij de beoefenaren van het privaatrecht.

De tweede – ‘positieve’ verplichtingen rustende op de lidstaten om de werking van de vrijheden in verhoudingen tussen particulieren te waarborgen – is in het Unierecht bekend. Zie de voorbeelden genoemd in § 2.9. In de Nederlandse rechtspraak zijn mij daarvan geen voorbeelden bekend.

De derde vorm – rechtmatigheidstoetsing van een nationale wettelijke of daarmee gelijk te stellen maatregel in een geding tussen particulieren – komt zowel in de Europese rechtspraak als in de Nederlandse rechtspraak voor. Zij kan zowel op publiekrechtelijke als op privaatrechtelijke bepalingen betrekking hebben. In het eerste geval kan de toetsing gevolgen voor privaatrechtelijke verhoudingen hebben; zie het geval Delhaize, besproken in § 2.10. Toetsing van privaatrechtelijke wetgeving aan de vrijheden komt weinig voor. Bekend zijn de uitspraken van het Hof van Justitie inzake Alsthom, betreffende een regel van Frans aansprakelijkheidsrecht, Motorradcenter, betreffende een regel van Duits contractenrecht, en Krantz, betreffende een Nederlandse regel inzake bodembeslag.¹²⁰ In deze gevallen werd de nationale regel niet in strijd met het Unierecht geacht. Toetsing van nationale bepalingen van privaatrechtelijke aard aan algemene beginselen van Unierecht komt vaker voor en daar wordt ook vaker strijdigheid met het Unierecht aangenomen; zie hierna § 7.2.

§ 6 Verdragsbepalingen inzake discriminatie

6.1 Art. 157 VWEU. Afgezien van de discriminatieverboden vervat in de vrijverkeerbepalingen zijn er nog andere verdragsartikelen die een discriminatieverbod bevatten.

Art. 157 VWEU bepaalt in lid 1 dat iedere lidstaat ervoor zorg draagt dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast. Ondanks deze tot de lidstaten gerichte

¹¹⁹ Denkbaar is zij wel; zie de voorbeelden bij Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 93.

¹²⁰ HvJ EG 24 januari 1991, Alsthom Atlantique/Sulzer, C-339/89, Jurispr. 1991, p. I-107; HvJ EG 13 oktober 1993, CMC Motorradcenter GmbH/Baskiciogullari, C-93/92, Jurispr. 1993, p. I-5009; HvJ EG 7 maart 1990, Krantz, 69/88, Jurispr. 1990, p. I-583. Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 34 en 40.

formulering heeft het Hof van Justitie aan de bepaling directe horizontale werking toegekend. In het arrest Defrenne/Sabena (I) besliste het Hof dat het beginsel van gelijke beloning een der grondslagen van de gemeenschap is, en dat art. 141 lid 1 van dwingend recht is, 'zodat het verbod van discriminatie tussen mannelijke en vrouwelijke werknemers niet slechts geldt voor overheids-handelingen, doch eveneens van toepassing is op alle overeenkomsten die een collectieve regeling van arbeid in loondienst inhouden, alsmede op contracten tussen particulieren'.¹²¹ In het arrest Defrenne/Sabena (II) voegde het Hof toe dat het geen twijfel kan lijden dat de opheffing van discriminaties naar geslacht deel uitmaakt van de fundamentele rechten van de mens die, als onderdeel van de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, in de communautaire rechtsorde bescherming genieten.¹²²

Dit verbod is (tezamen met andere discriminatieverboden op het gebied van het arbeidsrecht) sedert geruime tijd uitgewerkt in richtlijnen en in de Nederlandse wetgeving, thans art. 7:646 e.v. BW en de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen. Een beding in strijd met het verbod is nietig; een feitelijke gedraging in strijd met het verbod kan wanprestatie of een onrechtmatige daad opleveren. De toetsing van (rechts)handelingen aan de verdragsbepaling speelt daarom in Nederland slechts een bescheiden rol. Zij komt met name voor in de sfeer van pensioenregelingen.¹²³

6.2 Art. 18 VWEU. Art. 18 VWEU verbiedt elke discriminatie op grond van nationaliteit. De bepaling wordt dikwijls aangehaald tezamen met vrijverkeerbepalingen die directe horizontale werking hebben, dus de vrijheden van personen- en dienstenverkeer (zie § 5.1); aldus voor het eerst in Walrave, hiervoor geciteerd, en voorts onder meer in Raccanelli.¹²⁴ Alsdan worden deze vrijverkeerbepalingen, die door het Hof als 'concretisering' of 'bijzondere uitdrukkingen' van art. 18 worden beschouwd, toegepast, niet het algemene art. 18. Art. 18 wordt zelfstandig ('autonoom') toegepast indien de casus niet door een bijzonder discriminatieverbod wordt beheerst.¹²⁵ Een voorbeeld is het arrest Ferlini, waar de bepaling inzake de vrijheid van werknemersverkeer niet van toepassing was.¹²⁶ Het spreekt wel vanzelf dat in die gevallen ook aan art. 18 VWEU directe horizontale werking is toegekend.

In Nederland wordt in civiele zaken tussen particulieren zelden een beroep op art. 18 VWEU gedaan, maar het leidt geen twijfel dat, als het gebeurt, de Nederlandse rechter evenals de Europese rechter aan de bepaling directe horizontale werking toekent.¹²⁷

¹²¹ Zie noot 18, punt 39.

¹²² HvJ EG 15 juni 1978, Defrenne/Sabena (II), 149/77, Jurispr. 1978, p. 1379, punten 26 en 27.

¹²³ Zie bijvoorbeeld HR 5 januari 2007, NJ 2007, 320 (Bijenkorf/Boersma-Leenmeijer); Hof Den Haag 17 maart 2009, LJN BH9352.

¹²⁴ HvJ EG 17 juli 2008, Raccanelli/Max-Planck-Gesellschaft, C-94/07, Jurispr. 2008, p. I-5939.

¹²⁵ Op deze door het Hof van Justitie ontwikkelde beginselen van samenloop kom ik binnenkort elders terug.

¹²⁶ HvJ EG 3 oktober 2000, Ferlini/Centre Hospitalier de Luxembourg, C-411/98, Jurispr. 2000, p. I-8081.

¹²⁷ Zie bijvoorbeeld HR 26 mei 2000, NJ 2000, 671 m.nt. D.W.F. Verkade (Cassina/Jacobs Meubelen) en HR 11 mei 2001, NJ 2002, 55 m.nt. J.H. Spoor (Vredestein/Stichting Ring 65).

6.3 Naast de genoemde bepalingen is er nog het verder strekkende art. 19 VWEU, dat blijkens zijn bewoordingen geen directe horizontale werking heeft, immers alleen kan dienen als basis voor secundaire wetgeving, zoals Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep. Deze richtlijn speelde een rol in de hierna in § 7.2 en 7.3 te noemen zaken Mangold en Küçükdeveci. Aldaar wordt ingegaan op algemene beginselen van Unierecht die discriminatie verbieden en op de vraag of ook zij directe horizontale werking kunnen hebben.

§ 7 Algemene beginselen van Unierecht

7.1 Inleiding. Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak een groot aantal algemene beginselen van gemeenschapsrecht, thans Unierecht, ontwikkeld. Het zijn fundamentele gerechtigheidsnormen van de Unie en haar lidstaten, ‘deeply rooted principles without which a civilized society would not exist’. Zij hebben naar hun aard een algemeen overkoepelend karakter. Volgens de recente rechtspraak van het Hof van Justitie hebben zij een grondwettelijk karakter c.q. een constitutionele waarde. Zij behoren tot het primaire recht, dus zij staan op één lijn met de verdragen.¹²⁸

Van de algemene beginselen en de wijzen waarop zij kunnen worden ingedeeld kan hier geen overzicht worden gegeven. Men zie daarvoor de literatuur.¹²⁹ Voorbeelden van algemene beginselen van Unierecht die voor het privaatrecht direct of indirect van belang zijn, zijn het beginsel van gemeenschapstrouw, het effectiviteitsbeginsel, het proportionaliteits- of evenredigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel (verbod van discriminatie) en de fundamentele rechten zoals neergelegd in het EVRM. Deze beginselen hebben – zoals verreweg de meeste regels van Europeesrechtelijke aard – hun oorsprong in het publiekrecht.

Daarnaast zijn er door het Hof van Justitie algemene beginselen van Unierecht ontwikkeld die hun oorsprong in het privaatrecht hebben. Voorbeelden zijn de goede trouw, het beginsel dat schade veroorzaakt door schending van het Unierecht moet worden vergoed, het verbod van het behouden van een ongerechtvaardigde verrijking en misbruik van recht. Ook deze beginselen zijn ontwikkeld in een publiekrechtelijke context, maar het is uiteraard makkelijker voorstelbaar dat zij invloed uitoefenen op privaatrechtelijke verhoudingen.

Algemene beginselen van Unierecht hebben verscheidene functies. Zij spelen een rol bij de interpretatie van wetsebepalingen, bij de aanvulling van lacunes en als

¹²⁸ Zie A-G Trstenjak, conclusie in de zaak Audioux, C-101/08, punt 70; X. Groussot en H.H. Lidgard, ‘Are there General Principles of Community Law Affecting Private Law?’, in: E. Bernitz, J. Nergelius e.a. (red.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Den Haag: Kluwer Law International 2008, p. 155 e.v., 159; HvJ EG 15 oktober 2009, Audioux e.a./Groupe Bruxelles Lambert e.a., C-101/08, Jurispr. 2009, p. I-9823, punt 42, 63; HvJ EG 29 oktober 2009, NCC Construction Danmark/Skatteministeriet, C-174/08, Jurispr. 2009, p. 10567, punt 42.

¹²⁹ Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 105 e.v. met verwijzingen, waaraan toe te voegen het bijzondere WPNR-nummer 2011, 6901, met bijdragen over een aantal van de in deze paragraaf genoemde beginselen.

toetssteen voor de rechtmatigheid van wetgeving. Dit speelt zowel bij secundaire Uniewetgeving (richtlijnen en verordeningen) als bij nationale wetgeving die binnen het bereik van het Unierecht valt. Daarnaast wordt ook wel genoemd de functie bij het creëren van rechtsmiddelen, maar dat kan men ook opvatten als een specifiek geval van aanvulling van lacunes (dat soms overloopt in correctie van bestaande wetgeving).

Bij het beoordelen van de werking(en) in het privaatrecht van de algemene beginselen van Unierecht moet als uitgangspunt worden vooropgesteld dat deze beginselen evenals het verdragsrecht tot het primaire Unierecht behoren en dat het dus in principe geen verschil kan uitmaken of wij spreken over de toepasselijkheid van geschreven primair Unierecht of van algemene beginselen van Unierecht.¹³⁰

Over directe horizontale werking van algemene beginselen van Unierecht zijn nog geen duidelijke beslissingen van het Hof van Justitie voorhanden, wel over indirecte horizontale werking. Ik begin daarom – anders dan in de vorige paragrafen – met de indirecte horizontale werking en zeg vervolgens nog iets over de directe horizontale werking.

7.2 Algemene beginselen van Unierecht: indirecte horizontale werking. In § 7.1 werd als een van de functies van algemene beginselen van Unierecht genoemd dat zij dienen als toetssteen voor de rechtmatigheid van wetgeving. Indien aan een beginsel directe (‘verticale’) werking toekomt, kan daarop door een particulier in een procedure een beroep worden gedaan – niet anders dan wanneer strijd met een direct werkende verdragsbepaling wordt aangevoerd (zie met name § 5, vrijverkeerbepalingen). Een dergelijk beroep kan worden gedaan in een procedure tegenover de overheid of tegenover een andere particulier. Het laatste geval is in § 2.7 jo. § 2.10 gerubriceerd als een geval van indirecte horizontale werking.

Een nadere onderscheiding is nog dat het beroep gericht kan zijn tegen een wetsbepaling van publiekrechtelijke of een van privaatrechtelijke aard. In § 5.4 werd opgemerkt dat een beroep tegen een bepaling van privaatrechtelijke aard weinig voorkomt; en het wordt zelden met succes gedaan. Bij de algemene beginselen van Unierecht is dat anders. In enkele recente uitspraken van het Hof van Justitie zijn Duitse wetsbepalingen van arbeidsrechtelijke aard in strijd geoordeeld met het algemene beginsel van Unierecht dat het maken van onderscheid op basis van leeftijd verbiedt.¹³¹ Het ging om bepalingen inzake het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd resp. inzake opzegging op een bepaalde termijn, waarbij een volgens het Hof ongeoorloofd onderscheid werd gemaakt naar de leeftijd van de

¹³⁰ D. Kraus, ‘Die Anwendung allgemeiner Grundsätze des Gemeinschaftsrechts in Privatrechtsbeziehungen’, in: K. Riesenhuber (red.), *Entwicklungen nicht-legislatorischer Rechtsangleichung im Europäischen Privatrecht*, 2008, p. 54.

¹³¹ HvJ EG 22 november 2005, Mangold/Helm, C-144/04, Jurispr. 2005, p. I-9981, NJ 2006, 227 m.nt. M.R. Mok; HvJ EU 19 januari 2010, Seda Küçükdeveci/Swedex, C-555/07, NJ 2010, 257 m.nt. M.R. Mok.

werknemer. Voorts is een Oostenrijkse BW-bepaling inzake hinder in strijd geoordeeld met het verbod onderscheid te maken naar nationaliteit.¹³²

Ook toetsing aan het effectiviteitsbeginsel heeft dikwijls betrekking op privaatrechtelijke wetgeving. Men denke hier aan de zogenoemde Rewe-rechtspraak.¹³³ Het gaat daarbij om de situatie waarin door het Unierecht toegekende rechten bij gebreke van uniforme regels worden uitgeoefend voor de nationale rechter met inachtneming van nationale rechtsregels. Daarbij controleert het Hof of die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke vorderingen krachtens nationaal recht gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel) en of zij de uitoefening van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel). Dat heeft geleid tot een uitgebreide rechtspraak, waarbij allerlei soorten voorschriften van nationaal recht werden beoordeeld, zoals over termijnen, schadevergoedingsrecht, rente, misbruik van recht, kracht van gewijsde, ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, etc.¹³⁴

7.3 *Algemene beginselen van Unierecht: directe horizontale werking?* In de vorige paragrafen is de voor het privaatrecht interessante ontwikkeling aan de orde gesteld dat het Hof van Justitie aan een aantal verdragsbepalingen werking in verhoudingen tussen burgers heeft toegekend. Genoemd zijn art. 18 en 157 VWEU, die bepaalde vormen van discriminatie verbieden, en aan een deel van de bepalingen die het vrije verkeer regelen, te weten het vrije verkeer van personen en diensten. Die bepalingen, die zijn geschreven voor publiekrechtelijke verhoudingen, blijken aldus ook in staat te zijn rechtsgevolgen tussen burgers in het leven te roepen die tot het privaatrecht worden gerekend. Burgers kunnen jegens elkaar een beroep doen op dergelijke bepalingen teneinde deze rechtsgevolgen voor zich in te roepen. Men denke aan het ontstaan of tenietgaan van vorderingsrechten of schulden, aan nietigheid van overeenkomsten, of aan het ontstaan van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Hier is sprake van directe werking van de desbetreffende verdragsbepaling in horizontale zin. Zij oefenen zelf die werking uit. Gedragingen en rechtshandelingen van burgers kunnen aan die bepalingen worden getoetst.

De vraag rijst of deze directe horizontale werking ook kan toekomen aan een algemeen beginsel van Unierecht. In het bijzonder de door het Hof van Justitie ontwikkelde en als algemene beginselen van Unierecht gekenschetste discriminatieverboden springen hier in het oog, omdat ook de voormelde verdragsbepalingen alle ten minste mede tegen discriminatie gericht zijn. Ik denk dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord, omdat er ook hier m.i. geen reden is het geschreven en het ongeschreven recht verschillend te beoordelen. Bij algemene beginselen kan de

132 HvJ EG 27 oktober 2009, Land Oberösterreich/ ez as, C-115/08, Jurispr. 2009, p. I-10265, NJ 2010, 94 m.nt. M.R. Mok. Zie voor een beschouwing over deze uitspraken (en over de in noot 146 aan te halen uitspraak Test-Achats), C.H. Sieburgh, 'Het Unierechtelijke beginsel van gelijkheid en zijn inwerking op het burgerlijk recht', WPNR 2011, 6901.

133 HvJ EG 16 december 1976, Rewe/Landwirtschaftskammer für das Saarland, 33/76, Jurispr. 1976, p. 1989.

134 Zie voor een overzicht Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 109 e.v. Zie voor een recente beschouwing over het effectiviteitsbeginsel Tiong Tjin Tai, WPNR 2011, 6901.

effectiviteit van het Unierecht evenals bij verdragsbepalingen vereisen dat zij directe horizontale werking hebben.

Een expliciete uitspraak van het Hof in die zin is er in de onderhavige context nog niet. Zo is in de zaak Mangold niets gezegd over het rechtsgevolg van de uitspraak voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die in die casuspositie was aangegaan, en hetzelfde geldt voor de ontslagverlening in de zaak Küçükdeveci. Deze rechtsgevolgen worden door het Duitse recht beheerst, dat over voldoende effectieve sancties beschikt, bijvoorbeeld nietigheid van de overeenkomst, conversie van de overeenkomst in één voor onbepaalde tijd, conversie van de opzegging in één met een langere ontslagtermijn of schadevergoeding.

Een aanwijzing dat het Hof ook hier directe horizontale werking mogelijk acht, ligt wel besloten in de uitspraak in de zaak Bartsch.¹³⁵ In deze zaak bevatten de richtsnoeren van een bedrijfspensioenregeling een discriminerende behandeling in verband met de leeftijd van de verzekerde en zijn echtgenote. Het Hof toetste deze regeling niet aan het in de zaak Mangold ontwikkelde beginsel houdende een verbod van discriminatie naar leeftijd, omdat de casus niet binnen het bereik van het Unierecht viel – maar kennelijk niet omdat het ging om een rechtshandeling naar privaatrecht. Integendeel, meteen nadat het Hof de eerste preliminaire vraag heeft herhaald, lijkt het de richtsnoeren onder het begrip ‘national rules’ te begrijpen (punt 15):

‘15. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat wanneer een nationale wettelijke regeling binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht komt, het Hof, wanneer het om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, alle uitleggingsgegevens moet verschaffen die de nationale rechter nodig heeft om te kunnen beoordelen of die regeling verenigbaar is met de algemene beginselen van gemeenschapsrecht (zie in die zin met name arrest van 22 november 2005, Mangold, C-144/04, Jurispr. blz. I-9981, punt 75).

16. Een situatie zoals die van het hoofdgeding kan echter noch op basis van richtlijn 2000/78 noch op basis van artikel 13 EG onder de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht worden gebracht.’

Het Hof kan niet onbewust zijn geweest van het probleem, want de tweede vraag was uitdrukkelijk gericht op de toepasselijkheid van het discriminatiebeginsel op een overeenkomst tussen een particuliere werkgever en zijn werknemers.¹³⁶

Ik merk nog op dat in een verticale context wel reeds is geoordeeld dat een overeenkomst in strijd kan zijn met een algemeen beginsel dat discriminatie verbiedt; dat beginsel werd op één lijn gesteld met de verdragsbepalingen inzake vrije vestiging en vrijheid van dienstverlening en met art. 12 EG (art. 18 TVWEU).¹³⁷ In die

135 HvJ EG 23 september 2008, Birgit Bartsch/Bosch und Siemens Hasgeräte (BSH) Alterförsorge GmbH, C-427/06, Jurisp. 2006, p. 7245, NJ 2008, 621 m.nt. M.R. Mok.

136 Het valt op dat in plaats van de Nederlandse term ‘nationale wettelijke regeling’ in andere talen een veel ruimere term wordt gebruikt (‘national rules’, ‘innerstaatliche Regelung’, ‘réglementation interne’). Vgl. de discussie over het begrip ‘domestic provisions’ in het arrest Coloroll, waarover Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 102.

137 HvJ EG 13 oktober 2005, Parking Brixen/Gemeinde Brixen, C-458/03, Jurisp. 2005, p. I-8585, NJ 2006, 226 m.nt. M.R. Mok, punt 52.

zaak betrof het een concessie-overeenkomst tussen een gemeente en een overheids-bedrijf, waardoor de vrije mededinging ten nadele van een concurrerende onderneming werd beperkt.

Hoe het ook zij met de directe horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel, bij andere algemene beginselen van Unierecht is een directe horizontale werking goed voorstelbaar. Daarbij denk ik vooral aan het evenredigheidsbeginsel¹³⁸ en aan de in § 7.1 genoemde algemene beginselen met een privaatrechtelijke herkomst, zoals goede trouw, het vertrouwensbeginsel,¹³⁹ misbruik van recht en ongerechtvaardigde verrijking.¹⁴⁰

Ten slotte een opmerking over de grond- of mensenrechten. Reeds vroeg heeft het Hof van Justitie de rechten van de mens erkend als behorend tot de algemene beginselen van Unierecht, waarvan het de bescherming garandeert. Daarbij kende het zowel betekenis toe aan de mensenrechten die bekend zijn in de nationale rechtstelsels als aan de in het EVRM geregelde rechten. Thans zijn de grondrechten neergelegd in het 'Handvest van de grondrechten van de Europese Unie' van 2000, dat op 1 december 2009 kracht van wet (beter: van verdrag) heeft verkregen door de verwijzing daarnaar in art. 6 EU-Verdrag volgens het Verdrag van Lissabon. Lid 1 bepaalt thans onder meer dat het Handvest dezelfde rechtskracht heeft als de verdragen. Afgewacht moet worden of het Hof aan bepaalde grondrechten directe horizontale werking zal toekennen. Zoals bekend, doet het EHRM dat niet.¹⁴¹ Barents¹⁴² verwacht echter dat het Hof van Justitie op den duur aan (een deel van) de grondrechten directe horizontale werking zal toekennen, evenals hij dat aan (een deel van) de vrijverkeerbepalingen heeft gedaan.

7.4 *Nederlands recht.* Mij zijn geen voorbeelden bekend waarin de Nederlandse rechter directe of indirecte horizontale werking toekent aan algemene beginselen van Unierecht. De Nederlandse rechter kan dat zonder twijfel doen. Uit de Nederlandse wetgeving en rechtspraak blijkt dat strijd met het gelijkheidsbeginsel tot nietigheid of vernietigbaarheid van rechtshandelingen¹⁴³ of tot het aannemen van een onrechtmatige daad¹⁴⁴ kan leiden. Voorts kan de rechter aan een algemeen beginsel van Unierecht indirecte horizontale werking verlenen, bijvoorbeeld door het te

138 Zie Aronstein, 'De rol van het evenredigheidsbeginsel in Europees en Nederlands privaatrecht', WPNR 2011, 6901.

139 Daarover L.A.D. Keus, 'Het rechtszekerheidsbeginsel', WPNR 2011, 6901.

140 Zie daarover Asser/Hartkamp 3-1* 2011, nr. 131, 137, 138 en 140.

141 Zie Asser/Hartkamp 3-1* 2011, nr. 220 e.v.

142 Het Verdrag van Lissabon (2008), p. 549.

143 Art. 7:646 lid 11, 7:647 lid 1, 7:648 lid 2, 7:649 lid 3 BW; art. 9 Algemene wet gelijke behandeling; art. 1b lid 6, 2 lid 3, 4 lid 3, 4a lid 2 en 12e Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen; art. 9 lid 1 en art. 11 Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte; art. 11 lid 1 en 13 Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid. De bepalingen schrijven nietigheid van met de wetgeving strijdige bepalingen voor, en vernietigbaarheid van een met die bepalingen strijdige opzegging c.q. beëindiging van een arbeidsovereenkomst.

144 Reeds HR 10 december 1982, NJ 1083, 687 m.nt. EAA (Binderen/Kaya). Zie ook art. 3 lid 5 Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen (verboden onderscheid bij werving en selectie).

verdisconteren in zijn uitleg van een open norm¹⁴⁵ of door daaraan een nationale regel te toetsen die binnen het bereik van het Unierecht valt.¹⁴⁶ Wat betreft de toetsing aan het effectiviteitsbeginsel volstaat het te herinneren aan de vele arresten van het Hof van Justitie inzake de Rewe-beginselen (zie § 7.2), welke arresten zijn gebaseerd op prejudiciële vragen van nationale rechters. De rechter die zich op basis van precedentes van het Hof voldoende zeker van zijn zaak voelt, kan uiteraard de toetsing zelf verrichten zonder een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen.

Opmerking verdient dat, terwijl het veelal geen verschil zal uitmaken of de rechter toetst aan een beginsel van nationale of van Unierechtelijke origine (denk aan de indirecte horizontale werking via uitleg van een open norm in het zojuist aangehaalde arrest *Agfa/Schoolderman*), dit in Nederland anders ligt waar het gaat om toetsing van wetten in formele zin. Blijkens art. 120 Gw kan de rechter die niet toetsen aan de Nederlandse grondwet of aan algemene beginselen,¹⁴⁷ maar aangenomen moet worden dat dit toetsingsverbod niet geldt voor algemene beginselen van Unierecht, die immers delen in de voorrang van het Unierecht boven elke bepaling van nationaal recht.

§ 8 Ambtshalve toepassing

8.1 *Probleemstelling.* Dit preadvies gaat over de horizontale werking van het primaire Unierecht. In het voorgaande werd hierbij een onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte horizontale werking. Directe horizontale werking heeft gevolgen voor verschillende onderdelen van het privaatrecht, onder meer voor de geldigheid en nietigheid van overeenkomsten. Indien is vastgesteld dat een regel of beginsel van het primaire Unierecht directe horizontale werking heeft en dat zulks betekent dat een in strijd daarmee gesloten overeenkomst of beding nietig is of kan zijn, rijst een vervolgvraag, en wel deze of de nationale rechter bevoegd of gehouden is ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd, dus zonder dat daarop door partijen of de meest gerede van hen een beroep wordt gedaan, de nietigheid ambtshalve vast te stellen dan wel daarnaar ambtshalve een onderzoek in te stellen. Onderzocht moet worden of er bepalingen van Unierecht of uitspraken van het Hof van Justitie zijn die

¹⁴⁵ Zie bijvoorbeeld HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 m.nt. Pas (*Agfa/Schoolderman*), waarin de rechtbank het algemeen erkende rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat, in aanmerking nam bij de beoordeling op grond van art. 1638z (oud) BW (goed werkgeverschap), welke bepaling dezelfde norm tot uitdrukking brengt die in het algemeen met de eisen van redelijkheid en billijkheid wordt aangegeven. De Hoge Raad keurde dat goed en oordeelde dat de rechter daartoe zelfs verplicht is op grond van art. 3:13 BW, dat voorschrijft dat bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval zijn betrokken. Zie Asser/Hartkamp 3-1* 2011, nr. 231.

¹⁴⁶ Vgl. de Belgische zaak *Test-Achats* (HvJ EU 1 maart 2011, C-236/09), waarin het ging om een Belgische wetsbepaling die in overeenstemming was met een bepaling van Richtlijn 2004/113, waarvan het Hof de strijdigheid met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen vaststelde. Zie daarover Sieburgh (aangehaald in noot 132).

¹⁴⁷ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV* 2011, nr. 381 e.v.

daaromtrent instructies bevatten. Zoals hierna zal blijken is dat slechts in beperkte mate het geval. Zie daarover § 8.3-8.5 hierna.

In dit preadvies wordt in beginsel niet ingegaan op de problematiek van de horizontale werking van richtlijnen. Echter, op het gebied van richtlijnen, in het bijzonder de Richtlijn oneerlijke contractsbedingen, bestaat een aantal uitspraken van het Hof van Justitie die ambtshalve toepassing voorschrijven. Voor de praktijk zijn deze uitspraken van groot belang. Er valt ook het een en ander aan te ontleen dat voor de ambtshalve toepassing van primair Unierecht interessant is. Om die reden zal hierna in § 8.6-8.9 ook een kort onderzoek naar de ambtshalve toepassing van richtlijnbepalingen worden ingesteld.

Voor de civielrechtelijke praktijk het belangrijkste is de verplichting tot ambtshalve toepassing van bepalingen van Europees recht waarvan de overtreding tot nietigheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen leidt. Dat onderwerp past ook in dit preadvies. De behandeling hierna is dan ook tot dit toepassingsgeval van ambtshalve toepassing beperkt. Voor andere in de rechtspraak gerezen problemen, zoals de ambtshalve beoordeling van een rechtsvordering op een andere grondslag dan door de eiser aangevoerd en de bevoegdheid tot ambtshalve vernietiging van een arbitraal vonnis, wordt verwezen naar de literatuur.¹⁴⁸

8.2 Mogelijke (Europeesrechtelijke) gronden voor een verplichting tot ambtshalve toepassing. Naar Europees recht kan de verplichting tot ambtshalve toepassing, die tot nietigheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen leidt, in theorie op zes gronden berusten.

1. De eerste grond is een uitdrukkelijk wettelijk voorschrift dat tot ambtshalve toepassing van een regel van Europees recht verplicht. Zo'n voorschrift zou kunnen voorkomen in het VWEU, een richtlijn of een verordening. Bij mijn weten bestaat een dergelijk voorschrift niet.

2. De tweede grond is een door het Hof van Justitie aan een regel(ing) gegeven uitleg, die inhoudt dat de regeling of bepaalde regels daarvan naar inhoud of strekking ambtshalve moeten worden toegepast. Op die grond berust de verplichting tot ambtshalve toepassing bij richtlijnen zoals de richtlijn oneerlijke contractsbedingen (Richtlijn 93/13/EEG). Zie hierna § 8.5 e.v.

3. De derde grond is een bepaling of rechterlijke interpretatie waaruit valt af te leiden dat een regel van Europees recht van openbare orde is. Aangenomen mag worden dat de regel dan ambtshalve moet worden toegepast. Dat is bij mijn weten nooit in het algemeen beslist, maar dit verband vloeit wel voort uit verschillende hierna te noemen arresten, in het bijzonder Manfredi en T-Mobile.

¹⁴⁸ Zie A.S. Hartkamp, 'De verplichting tot ambtshalve toepassing van Europees recht door de Nederlandse rechter', *Trema* 2010, p. 136 e.v., 141 e.v., Asser/Hartkamp 3-1* 2011, nr. 124 e.v., met verwijzingen. Daarmee is niet gezegd dat die andere problemen niet ook met nietigheidsvragen verband kunnen houden. Men denke aan het geval dat een vordering strekt tot ontbinding van een overeenkomst en tot ongedaanmaking van een op grond daarvan verrichte prestatie, terwijl de overeenkomst volgens de rechter nietig is wegens strijd met art. 101 VWEU. Moet de rechter die nietigheid ambtshalve vaststellen en de vordering toewijzen (niet op grond van art. 6:271 BW, maar) op grond van art. 6:212 BW?

4. en 5. De vierde en vijfde grond zijn de bekende beginselen van (4) doeltreffendheid en (5) gelijkwaardigheid. Waar de effectuering van een door het gemeenschapsrecht verleend recht dient te geschieden voor de nationale rechter en met behulp van het nationale recht, dienen de regels van het nationale recht aan vooraf te worden gevergd, hetgeen vereist dat zij de uitoefening van het door het gemeenschapsrecht verleende recht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel) en dat zij de handhaving van dat recht niet moeilijker maken dan die van vergelijkbare nationale rechten (gelijkwaardigheidsbeginsel).

6. Het gelijkwaardigheidsbeginsel wordt aangescherpt door de zogenoemde 'mogen is moeten'-regel: indien de nationale rechter *bevoegd* is tot ambtshalve toepassing van een regel van nationaal recht, is hij *verplicht* de vergelijkbare regel van Europees recht ambtshalve toe te passen.¹⁴⁹

Ambtshalve toepassing van verdragsbepalingen, in het bijzonder art. 101 WEU (leidend tot nietigheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen)

8.3 *De ambtshalve toepassing van primair Unierecht. Europees recht.* Wat het primaire Unierecht betreft, is de problematiek vooralsnog beperkt tot de ambtshalve toepassing van art. 101 (en 102) VWEU. Dit artikel verbiedt in lid 1 overeenkomsten die de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. In lid 2 worden deze overeenkomsten nietig verklaard, waardoor vaststaat dat het verbod directe horizontale werking heeft, dat wil zeggen rechtstreeks betekenis heeft voor rechtsverhoudingen tussen particulieren. Moet dit verbod ambtshalve door de nationale rechter worden toegepast?

De vraag van de ambtshalve toepassing van art. 81 EG-Verdrag is eerst aan de orde geweest in de veelbesproken arresten van het Hof van Justitie inzake Van Schijndel en Eco Swiss,¹⁵⁰ die echter niet over de toetsing van rechtshandelingen handelen.

In het arrest Manfredi,¹⁵¹ waarin het wel om met art. 81 EG-Verdrag strijdige overeenkomsten ging, is overwogen (punt 31) dat art. 81 en 82 EG-Verdrag (thans art. 101 en 102 WEU) bepalingen van openbare orde zijn die door de nationale rechter ambtshalve moeten worden toegepast. Deze overweging is echter door verschillende schrijvers niet overtuigend geacht, omdat zij voorkomt in een inleidende passage van het arrest over de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag; zo is zij door H.J. Snijders als een 'slip of the pen' betiteld.¹⁵² Dat kan echter niet meer worden

¹⁴⁹ De gronden 4-6 komen voor in de volgende arresten: HvJ EG 14 december 1995, Van Schijndel en Van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, C-430/93 en 431/93, Jurispr. 1995, p. I-4705, NJ 1997, 116; HvJ EG 1 juni 1999, Eco Swiss/Benetton, C-126/97, Jurispr. 1999, p. I-3055, NJ 2000, 339; en Asturcom (zie hierna noot 167), die om de in § 8.1 genoemde reden hier niet aan de orde zullen komen.

¹⁵⁰ Zie de vorige noot.

¹⁵¹ Zie noot 24.

¹⁵² Onder meer in 'Aanvulling van gronden van EU-recht door de Nederlandse burgerlijke rechter', in: Hartkamp/Sieburgh/Keus I, p. 86. R. Barents, 'Rechter en partijen in het EU-procesrecht', SEW 2010, p. 152, noot 89 acht die opvatting onhoudbaar.

volgehouden, nu de overweging in het recente arrest T-Mobile¹⁵³ is herhaald en nog enigszins aangescherpt:

‘49. Om te beginnen zij eraan herinnerd dat art. 81 EG rechtstreekse gevolgen teweegbrengt in de betrekkingen tussen particulieren en voor de justitiabalen rechten doet ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven. Voorts is het een voor de vervulling van de taken van de Europese Gemeenschap onontbeerlijke bepaling van openbare orde, die door de nationale rechter ambtshalve moet worden toegepast (zie in die zin arresten van 1 juni 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punten 36 en 39, en 13 juli 2006, *Manfredi e.a.*, C-295/04-C-298/04, Jurispr. blz. I-6619, punten 31 en 39).’

Het is nu wel duidelijk dat uit deze arresten blijkt dat naar Europees recht art. 101 WEU een bepaling van openbare orde is, die om die reden ambtshalve moet worden toegepast.¹⁵⁴ Hier doet zich dus grond (3), bedoeld in § 8.2, voor.

Geldt het voorgaande ook voor andere bepalingen of beginselen van Europees recht? Te denken is aan andere verdragsbepalingen dan art. 101 en 102 WEU en aan bepalingen van verordeningen.

Zoals in § 2.5 werd opgemerkt, is ambtshalve toepassing leidend tot nietigheid van een rechtshandeling alleen mogelijk indien een bepaling directe horizontale werking heeft. Daarvan is sprake wanneer een bepaling rechtstreeks van invloed is op rechtsverhoudingen tussen particulieren, en wel in die zin dat zij leidt tot het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van rechten en verplichtingen in hun onderlinge verhouding. Dit geldt, in elk geval binnen zekere grenzen, voor art. 18 WEU en art. 157 WEU, die bepaalde vormen van discriminatie verbieden, alsmede voor de verdragsbepalingen die de vrijheden van personen- en dienstenverkeer garanderen (art. 45, 49 en 56 WEU), maar waarschijnlijk niet voor de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van goederenverkeer (art. 34 en 35 WEU), terwijl de kwestie met betrekking tot de vrijheid van kapitaalverkeer nog onduidelijk is (art. 63 WEU).¹⁵⁵ Het Hof van Justitie heeft niet beslist dat de bepalingen waaraan het directe horizontale werking heeft toegekend, ambtshalve moeten worden toegepast. Toch is dat in het licht van de recente rechtspraak geenszins denkbeeldig.¹⁵⁶

¹⁵³ HvJ EG 4 juni 2009, *T-Mobile Netherlands e.a./NMA*, C-8/08, NJ 2009, 432, m.nt. M.R. Mok.

¹⁵⁴ *Evenzo A.M. Van Aerde*, ‘Europees recht en het stelsel van art. 24 en 25 Rv’, *MvV* 2009, p. 137; *T.R. Ottervanger*, ‘Handhaving van het mededingingsrecht: een hete herfst?’, *M&M* 2009, p. 133-136, aldaar p. 135; afwijzend echter *Mok* in zijn noot bij het arrest *T-Mobile*; *H.J. Snijders*, *WPNR* 2009, 6823. In zijn arrest van 4 oktober 2011, *LJN BT6548*, heeft het Hof Amsterdam hierover een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie gesteld.

¹⁵⁵ Zie § 5.1.

¹⁵⁶ *O.m. R. Barents en L.J. Brinkhorst*, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 253, bepleiten wat de ambtshalve toepassing betreft een gelijkschakeling van de voor de interne markt wezenlijke vrijverkeers- en mededingingsbepalingen. Zie ook *Barents*, *SEW* 2010, p. 152 noot 89.

Of algemene beginselen van Unierecht directe horizontale werking kunnen hebben, is nog onzeker (zie § 7.3 en 7.4), en dus ook of zij ambtshalve kunnen worden toegepast.¹⁵⁷

8.4 *De ambtshalve toepassing van primair Unierecht. Nederlands recht.* Wat geldt op dit punt volgens de Nederlandse rechtspraak? Vooropgesteld zij dat de kwestie daarin alleen aan de orde is geweest voor art. 101 VWEU, niet voor andere bepalingen of beginselen van Unierecht.

Nadat de vraag in de lagere rechtspraak op verschillende wijze was beantwoord,¹⁵⁸ heeft de Hoge Raad in het Vreugdenhil-arrest¹⁵⁹ beslist dat art. 81 EG-Verdrag (art. 101 WEU) ambtshalve buiten de grenzen van de rechtsstrijd moet worden toegepast. Hij deed dat door de beslissing die het gerechtshof in die zin had genomen 'in cassatie terecht niet bestreden' te noemen. H.J. Snijders heeft die uitspraak onjuist genoemd en betoogd dat het woordje 'terecht' niet serieus kan worden genomen. Daarop heeft de Hoge Raad de vraag in een later arrest, *Gemeente Heerlen/Whizz*,¹⁶⁰ in het midden gelaten.¹⁶¹ Gelet op het arrest *T-Mobile* was de overweging in het Vreugdenhil-arrest juist.

Een beslissing van de Nederlandse rechter dat art. 101 VWEU ambtshalve ook buiten de grenzen van de rechtsstrijd moet worden toegepast, kan berusten op het Europese recht, zoals dat naar het oordeel van die rechter moet worden uitgelegd en door hem moet worden toegepast, of op het Nederlandse recht, waarin naar de heersende opvatting buiten de grenzen van de rechtsstrijd alleen plaats is voor ambtshalve toepassing van bepalingen van openbare orde.¹⁶² In de Nederlandse rechtspraak over art. 101 VWEU wordt niet expliciet aangegeven of de ambtshalve

157 Ten slotte voor de volledigheid een opmerking over verordeningen. Verordeningen hebben als regel directe horizontale werking. Zij bevatten meestal dwingend recht en zullen dus, indien zij rechtshandelingen verbieden, dikwijls tot nietigheid daarvan leiden (zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 191 e.v.). Niet duidelijk is of de verbodsbepalingen van verordeningen ambtshalve moeten worden toegepast. Maar gezien de grote diversiteit van verordeningen en het grote belang voor de interne markt of voor een bepaalde sectorpolitiek dat zij kunnen hebben, valt niet uit te sluiten dat een verplichting tot ambtshalve toepassing van bepaalde regels zal worden aangenomen. Van de in § 8.2 genoemde gronden kunnen dan met name grond (2) (inhoud en strekking van de desbetreffende regeling, zoals uitgelegd door het Hof) en grond (3) (de openbare orde) in aanmerking komen, terwijl ook de toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel (grond (5)) niet is uitgesloten (in *Asturcom en Pohotovost*, zie noot 167, is dat voor richtlijnbeoordelingen aangenomen).

158 In de lagere rechtspraak bestaat de neiging art. 81 EG-Verdrag/art. 101 VWEU als van openbare orde te beschouwen. Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 24 oktober 2007, NJF 2008, 30 en de uitspraak van het Hof Arnhem in de hierna te noemen zaak *Vreugdenhil*.

159 HR 3 december 2004, NJ 2005, 118 (*Vreugdenhil/CBF*).

160 HR 16 januari 2009, NJ 2009, 54 (*Gemeente Heerlen/Whizz*).

161 In dat arrest ging het overigens om art. 6 Mw, zodat de beslissing t.a.v. art. 81 EG ten overvloede was.

162 Die opvatting wordt zowel gebaseerd op art. 25 Rv (dat echter doorgaans alleen wordt betrokken op ambtshalve toepassing binnen de grenzen van de rechtsstrijd) als op het ongeschreven recht. Voor hoger beroep en cassatie gelden nadere beperkingen. Zie Asser *Procesrecht/Bakels*, *Hammerstein & Wesseling-Van Gent* 4 2009, nr. 171 e.v. en Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2011, nr. 99 e.v.

toepassing van art. 101 VWEU, indien zij wordt aangenomen, op het Europese recht of op het Nederlandse recht berust.

De vraag van de ambtshalve toepassing rijst ook voor art. 6 Mw, de nationale tegenhanger van art. 101 WEU. Blijkens het arrest *Gemeente Heerlen/Whizz* is deze bepaling volgens de Hoge Raad niet van openbare orde, en dient zij daarom buiten de grenzen van de rechtsstrijd niet ambtshalve te worden toegepast.¹⁶³

Van de latere arresten vermeld ik HR 11 september 2009, NJ 2010, 369 (*Cagemax/Staat*). In dat arrest – dat overigens niet handelde over de nietigheid van rechtshandelingen, maar over een casus als die in *Van Schijndel*, waarin de vraag was of de feitenrechter een vordering had moeten beoordelen op de grondslag van een ambtshalve bijgebrachte grond van Europeesrechtelijke aard¹⁶⁴ – heeft de Hoge Raad niet meer een formulering met openbare orde gebruikt, maar in het voetspoor van A-G Wuisman gesproken over een ‘communautair belang van zo fundamenteel gewicht en in een zodanig concrete mate, dat het hof ambtshalve ertoe had moeten overgaan om ter behartiging van dat belang communautair recht toe te passen’. Een dergelijk belang werd niet aanwezig geacht. Veel verschil maakt de gewijzigde formulering vermoedelijk niet, gelet op het feit dat de A-G dit criterium formuleerde ter aanduiding van wat zijns inziens onder openbare orde moet worden verstaan. Niettemin is het goed dat het begrip openbare orde, dat weinig houvast geeft, is vervangen door een meer toegespitste maatstaf.

8.5 Het komt mij voor dat de vraag of art. 101 WEU (en hetzelfde geldt voor art. 102 WEU) ambtshalve moet worden toegepast slechts een gering praktisch belang heeft. Het aantal feitelijke hordes dat moet worden genomen voordat kan worden aangenomen dat een overeenkomst in strijd is met art. 101 WEU, is zo groot dat het zich niet vaak zal voordoen dat de rechter daarover kan beslissen zonder dat partijen hem daarover hebben voorgelicht. Hij zal, in de termen van het *Pannon*-arrest (zie hierna § 8.7 onder c), zonder die voorlichting niet over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikken. Dat bleek al in een betrekkelijk

163 Uit dit arrest – alsmede uit HR 28 januari 2011, RvdW 2011, 171 (*Staalbankiers/Elco*), r.o. 3.8 – kan worden afgeleid dat dit ook geldt voor andere bepalingen van dwingend recht die niet van openbare orde zijn, zelfs indien de nietigheid die zij teweegbrengen absoluut moet worden geacht. Anders – in het voetspoor van mijn Nijmeegse oratie, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht* (2007), nr. 11 – Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 128, bestreden door H.J. Snijders, WPNR 2008, 6761 en 6779 en A-G Keus, conclusies voor *Gemeente Heerlen/Whizz*, onder 2.3, en *Essent/Delta* (NJ 2011, 97), onder 2.7, en door Asser *Procesrecht/Van Schaick* 2 2011, nr. 100, maar bijgevallen door G.C.C. Lewin, *Hoger beroep en het cassatieberoep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba* (diss. University of the Netherlands Antilles), 2010, p. 145. Mijn daarvoor pleitende argumenten zal ik hier niet herhalen, maar aan het wets-systematische argument (zie WPNR 2008, 6779, bij noten 8 en 9) voeg ik toe dat niet alleen in het arbeids- en huurrecht van Boek 7 BW, maar ook in Boek 8 BW strijd met een dwingende wetsbepaling tot ambtshalve toe te passen nietigheid van de rechtshandeling leidt (zoals art. 8:12 BW uitdrukkelijk bepaalt).

164 In de feitelijke instanties had de eiseres *Cagemax* haar vordering uit onrechtmatige overheidsdaad gebaseerd op de grondslag dat de Staat onzorgvuldig had gehandeld door een beschikking van de EG-Raad van Ministers vervroegd in te voeren; in cassatie werd geklaagd dat het Hof ambtshalve had moeten beslissen dat vervroegde invoering in strijd was met dwingend gemeenschapsrecht.

eenvoudige casuspositie als Gemeente Heerlen/Whizz, waar ondanks discussie van partijen over de schending van art. 6 Mw de vraag of aan het merkbaarheidsvereiste was voldaan, niet of niet voldoende aan de orde was gekomen. Ambtshalve behoeft de rechter in beginsel niet naar die feiten op zoek te gaan.¹⁶⁵ Wel kan hij de verplichting hebben om partijen nadere gegevens te vragen, indien het dossier hem op het vermoeden brengt of behoort te brengen dat een schending van de verdragsbepalingen aan de orde is. Ook op dit punt kan de rechtspraak inzake de ambtshalve toepassing van richtlijnen inspiratie bieden (zie hierna § 8.7 en 8.8, telkens onder c). Daarover thans tot slot van dit preadvies het volgende.

Ambtshalve toepassing van richtlijnen, althans van daarop gebaseerde nationale bepalingen (leidend tot nietigheid van privaatrechtelijke rechtshandelingen)

8.6 *Ambtshalve toepassing van richtlijnen. Europees recht.* De titel van deze (sub)paragraaf maakt gewag van ambtshalve toepassing van richtlijnen. Die formulering is strikt genomen niet juist, althans in procedures tussen particulieren. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie kan een richtlijn geen rechten en verplichtingen tussen particulieren creëren en kan zij niet door een particulier tegen een andere particulier worden ingeroepen.¹⁶⁶ Anders gezegd: een richtlijn heeft geen horizontale werking, noch direct, noch indirect in de zin dat een richtlijn kan worden ingeroepen om een bepaling van nationaal recht daaraan te toetsen op rechtmatigheid. Indien het geding gaat over de onredelijkheid van een beding in algemene voorwaarden, kan de rechter het beding dus niet toetsen aan art. 6 richtlijn oneerlijke contractsbepalingen, maar alleen aan de bepaling van Nederlands recht die als implementatie van die richtlijn bepaling moet worden beschouwd, te weten art. 6:233 onder a (eventueel in verbinding met art. 6:236-238) BW.

Indien het geding zich afspeelt in een 'verticale verhouding', dus tussen een particulier en een overheidslichaam dat (of een daarmee gelijk te stellen rechtspersoon die) algemene voorwaarden hanteert, is de genoemde beperking niet van toepassing (een richtlijn kan wel verticale directe werking hebben), zodat de rechter dan ook ambtshalve aan de richtlijn moet toetsen.

Van praktisch belang is deze onderscheiding (een geding tussen particulieren versus een geding tussen een particulier en een overheidslichaam) in het geval van de algemene voorwaarden niet, nu kan worden aangenomen dat het criterium van art. 6:233 onder a BW (onredelijk bezwarend) aan dat van art. 3 richtlijn (oneerlijke verstoring van het contractuele evenwicht) voldoet.

¹⁶⁵ Evenzo A-G Keus, conclusie voor Gemeente Heerlen/Whizz, onder 2.12 en 2.13. Zie voor deze verplichting nader hierna § 8.7 en 8.8., telkens onder c. In Hof Arnhem 21 april 2009, LJN BL4999, stelde het hof de kwestie ambtshalve aan de orde, maar vervolgde haar niet toen partijen te kennen gaven de eventuele nietigheid niet in hun rechtsstrijd te willen betrekken. Overigens was inmiddels aan het hof gebleken dat het alleen over art. 6 Mw, dus niet over art. 81 EG, kon gaan.

¹⁶⁶ Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 154 e.v.

8.7 *Stand van zaken in de rechtspraak van het Hof van Justitie.* Anders dan de ambtshalve toepassing van art. 101 en 102 VWEU is de ambtshalve toepassing bij richtlijnen een in de rechtspraak van het Hof van Justitie regelmatig aan de orde komend thema. Na het op 9 november 2010 gewezen arrest Pénzügyi en de beschikking van 16 november 2010 inzake Pohotovost is de stand van de rechtspraak op het stuk van de ambtshalve toepassing in het kader van de richtlijn oneerlijke algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten de volgende:¹⁶⁷

- a. Volgens art. 6 richtlijn oneerlijke bedingen bindt een oneerlijk beding de consument niet. Onjuist is de stelling dat dat alleen geldt als de consument het beding met succes heeft betwist (Pannon, punt 28). De richtlijn eist dat de nationale rechter ambtshalve beoordeelt of een beding oneerlijk is. Hij moet dat dus ook doen indien de consument verstek laat gaan, of wel verschijnt maar geen verweer voert (Cofidis, punt 34; Mostaza Claro, punt 29).
- b. Deze verplichting wordt gerechtvaardigd door de aard en het gewicht van het openbare belang waarop de door de richtlijn aan de consument verschaft bescherming berust (onder meer Pannon, punt 31).
- c. Deze verplichting rust op de rechter zodra hij over de daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt (Pannon, punten 32 en 35; Pénzügyi, punt 56).
- d. De rechter is niet gehouden het betrokken beding buiten toepassing te laten indien de consument, na in kennis te zijn gesteld door de rechter, voornemens is het oneerlijke en niet-bindende karakter daarvan niet in te roepen, dus zich tegen het buiten toepassing laten verzet (Pannon, punten 33 en 35).
- e. De beslissing of het beding oneerlijk/onredelijk bezwarend is, hangt af van alle omstandigheden van het geval (Freiburger Kommunalbauten, punt 19 e.v.; Pannon, punt 36 e.v.).

8.8 *Ik plaats hierbij de volgende kanttekeningen, mede met het oog op het Nederlandse recht.*

Ad a. Dat de richtlijn ambtshalve beoordeling vereist, betekent – nu de belanghebbende consument zich in ‘horizontale’ geschillen niet rechtstreeks op de richtlijn, maar alleen op zijn nationale wetgeving kan beroepen – dat de richtlijn vereist dat de nationale uitvoeringswetgeving deze verplichting op de rechter legt, hetgeen impliceert dat de nationale wet ambtshalve beoordeling dus mogelijk moet maken. De Nederlandse wet doet dat niet expliciet; integendeel, het begrip ‘vernietigbaar’ in art. 6:233 BW schijnt die mogelijkheid juist uit te sluiten. De vraag rijst dus of de rechter zijn nationale wetgeving zodanig kan uitleggen dat zij niettemin aan de

167 De relevante uitspraken zijn HvJ EG 27 juni 2000, Océano Grupo Editorial/Murciano Quintero, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98, Jurispr. 2000, p. I-4941, NJ 2000, 730; HvJ EG 21 november 2002, Cofidis/Fredout, C-473/00, Jurispr. 2002, p. I-10875, NJ 2003; HvJ EG 1 april 2004, Freiburger Kommunalbauten/Hofstetter, C-237/02, Jurispr. 2004, p. I-3403, NJ 2005, 75; HvJ EG 26 oktober 2006, Elisa Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL, C-168/05, Jurispr. 2006, p. I-10421, NJ 2007, 201; HvJ 4 juni 2009, Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi, C-243/08, NJ 2009, 395; HvJ 6 oktober 2009, Asturcom Telecomunicaciones/Rodríguez Nogueira, C-40/08, NJ 2010, 11 m.nt. M.R. Mok; HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, VB Pénzügyi Lizing/Ferenc Schneider, NJ 2011, 411 m.nt. M.R. Mok; HvJ EU 16 november 2010, Pohotovost's.r.o./Iveta Korčková, C-76/10, nng.

richtlijn beantwoordt.¹⁶⁸ Ik heb elders uiteengezet dat die vraag gelet op het verband tussen art. 3:40 lid 2 (slot) BW en art. 6:233 onder a BW mijns inziens bevestigend moet worden beantwoord.¹⁶⁹ Onbestreden is die opvatting niet.¹⁷⁰ Wie haar niet wil volgen, kan uitwijken naar de toepassing van art. 6:248 lid 2 BW (beperkende werking van redelijkheid en billijkheid).¹⁷¹

Ad b. Ziehier een voorbeeld van de hiervoor in § 8.2 vermelde grond (2). Naar mijn oordeel is hier geen sprake van een regeling die ‘van openbare orde’ is (grond (3)); zie ook hierna ad d. Ook berust de verplichting tot ambtshalve toepassing niet op het doeltreffendheidsbeginsel. Zij berust, naar de formulering van het Hof van Justitie duidelijk maakt, op uitleg van de richtlijn. Zij geldt dus in beginsel in alle door de richtlijn bestreken gevallen; een nadere toetsing van een concrete casuspositie aan het doeltreffendheidsbeginsel is niet vereist.¹⁷²

Ad c. Het gaat hier om een voor de praktijk belangrijke beperking van de verplichting tot ambtshalve toepassing: zij bestaat blijkens het Pannon-arrest alleen op basis van de aan de rechter bekende gegevens van juridische en feitelijke aard. Het hof eist niet expliciet dat de rechter, indien hij het bestaan van een onredelijk beding vermoedt, gehouden is een partij of beide partijen uit te nodigen nadere feitelijke gegevens te verschaffen. Of hij daartoe wil overgaan, is in beginsel aan hemzelf overgelaten, uiteraard binnen de door het nationale procesrecht gestelde grenzen. Blijkens de gepubliceerde jurisprudentie komt het in Nederland geregeld voor dat de rechter, bijvoorbeeld in een verstekzaak, de eisende partij in de gelegenheid stelt nadere gegevens te verschaffen of stelling te nemen omtrent de door de rechter vermoede onredelijkheid van een beding.¹⁷³ Verdedigbaar is dat daartoe een verplichting bestaat indien de dagvaarding of de aan de rechter overgelegde documentatie – met name het contract waarin de algemene voorwaarden zijn opgenomen – de rechter op het vermoeden van onredelijkheid van voor het onderwerp van het geschil relevante bedingen behoort te brengen. Van belang is te constateren dat de rechter zich hier dus niet mag (en moet) beperken tot de feiten die partijen aan hun vordering of verweer ten grondslag leggen, zoals in het algemeen naar Nederlands burgerlijk procesrecht het geval is (art. 24 Rv); hij dient op alle feiten te letten die uit het dossier blijken.

Opmerking verdient dat het na Pannon gewezen arrest Pénzügyi verder lijkt te gaan: ‘dat de nationale rechter verplicht is om ambtshalve maatregelen van instructie te nemen teneinde te kunnen vaststellen of een in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument opgenomen exclusief territoriaal forumkeuzebeding

¹⁶⁸ Zie over de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 181 e.v.

¹⁶⁹ Asser/Hartkamp 3-I* 2011, nr. 188.

¹⁷⁰ Zie onder meer H.J. Snijders, WPNR 2008, 6761, p. 549; Van Aerde, MvV 2009, p. 140 e.v.; Van Baalen, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Nieuwenhuis, hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden, bij zijn emeritaat*, Deventer: Kluwer 2009, p. 305 e.v.; en het in noot 174 te noemen LOVCK-rapport.

¹⁷¹ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010, nr. 479.

¹⁷² Anders: A.G.F. Ancery en H.B. Krans, ‘Ambtshalve toepassing van Europees consumentenrecht’, RM Themis 2009, p. 191 e.v. en 197 lk.

¹⁷³ Zie bijv. Rb. Assen 18 december 2007, LJN BC0364; Rb. Maastricht 16 juli 2008, NJF 2008, 397; Rb. Arnhem 27 april 2009, NJF 2009, 337; Rb. Maastricht 15 okt. 2009, 50, NJF 2009, 50.

dat het voorwerp vormt van het aan hem voorgelegde geding, binnen de werkingsfeer van de richtlijn valt, en zo ja, ambtshalve te toetsen of een dergelijk beding eventueel oneerlijk is' (punt 56). Afgewacht moet worden of de verplichting om op zoek te gaan naar feiten ter beantwoording van de vraag of het litigieuze beding binnen de werkingssfeer van de richtlijn oneerlijke bedingen valt, alleen betrekking heeft op een forumkeuzebeding of dat zij betrekking heeft op bedingen in het algemeen. De ontwikkeling sinds het arrest Océano, dat ook over een forumkeuzebeding ging, heeft geleerd dat het meestal niet realistisch is de arresten van het Hof restrictief te interpreteren.

Ad d. De verplichting tot ambtshalve beoordeling van de oneerlijkheid/onredelijkheid van een beding strekt tot bescherming van de consument, evenals de Nederlandse regeling van de vernietigbaarheid dat doet (vgl. art. 3:40 lid 2 BW). Het ligt daarom voor de hand dat de rechter niet de bevoegdheid heeft een beding buiten toepassing te laten, indien de consument zich daartegen verzet. In het Pannon-arrest is dit uitdrukkelijk overwogen: de rechter is niet gehouden het beding buiten toepassing te laten wanneer de consument, na in kennis te zijn gesteld door de rechter, voornemens is het oneerlijke karakter van het beding niet in te roepen (punt 33); de rechter laat het beding buiten toepassing, tenzij de consument zich daartegen verzet (punt 35).¹⁷⁴ Om dezelfde reden moet worden aangenomen dat de gebruiker van de algemene voorwaarden of een derde zich niet tegen de wens van de consument op de onverbindendheid van een beding kan beroepen. Art. 6 richtlijn leidt dus niet tot een absolute nietigheid, laat staan dat sprake zou zijn van een regel van openbare orde in de in Nederland gebruikelijke betekenis.¹⁷⁵ Het gaat om een tussenfiguur, die inhoudt dat de nietigheid (in de terminologie van de richtlijn: het 'niet binden' van het beding) kan worden teweeggebracht door een beroep van de zijde van de consument, alsmede door een ambtshalve gegeven rechterlijke uitspraak.

174 In het rapport van de LOVCK-werkgroep over Ambtshalve toetsing van Europees consumentenrecht (2010, gepubliceerd op [rechtspraak.nl/naar de rechter/landelijke regelingen/](http://rechtspraak.nl/naar-de-rechter/landelijke-regelingen/) sector civiel recht en sector kanton) wordt onder 4 opgemerkt dat het arrest Pannon de rechter niet verplicht de consument in alle gevallen op de hoogte te brengen van zijn voornemen het beding buiten toepassing te laten. Hij behoeft dat niet te doen indien het buiten toepassing te laten beding louter nadelig is voor de consument, omdat mag worden aangenomen dat de consument dat nadeel niet wenst. Slechts als een beding naast nadelige (onredelijke) kanten ook voordelige kanten heeft, is er reden de keus aan de consument te laten. Dit lijkt mij een verdedigbare (en praktische) oplossing.

175 Aan de koppeling met de openbare orde blijft H.J. Snijders vasthouden, aangezien hij geen ambtshalve toepassing buiten het geval van strijd met de openbare orde aanvaardt (zie laatste WPNR 2009, 6823), zij het dat hij daaraan niet (meer) de consequentie verbindt dat ook de gebruiker zich op de onverbindendheid kan beroepen. Ook de toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel in het arrest Asturcom – inhoudende dat de rechter die op grond van de nationale procesregels ambtshalve dient te onderzoeken of een arbitragebeding in strijd is met nationale voorschriften van openbare orde, hij eveneens ambtshalve moet beoordelen of dit arbitragebeding oneerlijk is in het licht van artikel 6 van de richtlijn oneerlijke contractsbedingen (punt 53) – leidt m.i. niet tot de conclusie dat het om een regeling van openbare orde in de in Nederland gebruikelijke zin gaat; zie Hartkamp, *Trema* 2010, p. 143. Het Hof spreekt in de samenvatting van dit arrest (punt 59) van 'soortgelijke nationale vorderingen'; en in de beschikking Pohotovost wordt het gelijkwaardigheids criterium toegepast in verband met bepalingen betreffende goede zeden en onrechtmatigheid (punt 52).

Ad e. Het arrest *Freiburger Kommunalbauten* maakte dit reeds duidelijk, maar bevatte (punt 23) een uitzondering voor het beding waarbij de gebruiker te zijnen gunste afweek van de regeling inzake de relatieve bevoegdheid van de rechter, welk beding in het niet lang tevoren gewezen arrest *Océano* door het Hof van Justitie zelf tot oneerlijk was bestempeld. Ook in *Pannon* ging het om zo'n beding. Het lijkt erop dat het hof thans ook dit beding onder het regime van de *Freiburger Kommunalbauten* heeft gebracht, zodat het onredelijke karakter van het beding niet zonder meer is gegeven, maar door de nationale rechter moet worden vastgesteld met inachtneming van de omstandigheden van het geval (*Pannon*, punt 42).

8.9 *Andere richtlijnen*. Het voorgaande ging over de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Het is aannemelijk dat in beginsel hetzelfde geldt voor andere richtlijnen van consumentenbeschermende aard. Dat kan onder meer worden afgeleid uit het arrest *Rampion* inzake Franse nationale bepalingen die waren gecreëerd ter implementatie van de richtlijn consumentenkrediet.¹⁷⁶ Wel verdient opmerking dat in dat arrest, net als in de arresten *Océano* en *Cofidis*, maar anders dan in het (een jaar vóór *Rampion* gewezen) arrest *Mostaza Claro*, over een bevoegdheid (in tegenstelling tot een verplichting) tot ambtshalve toepassing wordt gesproken.

Het lijkt mij goed om erop verdacht te zijn dat de rechtspraak inzake de richtlijn algemene voorwaarden ook relevant zal zijn voor andere richtlijnbevestigingen met een beschermende strekking, ook indien zij niet op consumenten betrekking hebben, maar bijvoorbeeld op werknemers of handelsagenten.¹⁷⁷

§ 9 Samenvatting

In de inleidende § 1 is uiteengezet dat het belang van het Europese recht voor het privaatrechtelijke vermogensrecht niet alleen ligt in het secundaire recht (bekend zijn de richtlijnen over het consumentenrecht, het arbeidsrecht, het auteursrecht, het rechtspersonenrecht etc.), maar ook in het primaire recht. Weliswaar bevatten de verdragen nauwelijks bepalingen van privaatrechtelijke aard (de belangrijkste zijn art. 101 lid 2 VWEU, betreffende de nietigheid van mededingingsverstoringe

¹⁷⁶ HvJ EG 4 oktober 2007, *Rampion/Franfinance*, C-429/05, *Jurispr.* 2008, p. I-8017, NJ 2008, 37. Zie uitvoerig hierover *Ancery & Krans*, RM Themis 2009, p. 191-200. In dezelfde zin de beschikking *Pohotovost* (punt 77). HvJ EG 17 december 2009, *Martín Martín/EDP Editores*, C-227/08, *Jurispr.* 2009, p. I-11939, NJ 2010, 225 m.nt. M.R. Mok betrof de ambtshalve toepassing van bepalingen vastgesteld op grond van de richtlijn colportage.

¹⁷⁷ Waarbij aandacht verdient dat het Hof van Justitie de bescherming van werknemers bij overgang van ondernemingen van openbare orde heeft geacht: zie HvJ EG 10 februari 1988, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark/Daddy's Dance Hall*, 324/86, *Jurispr.* 1988, p. 739, NJ 1990, 423, punt 14. Het hof voegt toe dat dit betekent dat de partijen bij de arbeidsovereenkomst niet over die bescherming kunnen beschikken, dat niet in ongunstige zin van de beschermende bepalingen mag worden afgeweken en dat de werknemers niet kunnen afzien van de rechten die de richtlijn hun toekent. Het lijkt mij waarschijnlijk dat uit dit arrest een verplichting tot ambtshalve toepassing kan worden afgeleid. Zie hierover (niet rechtstreeks) A-G Verkade, conclusie voor HR 17 september 2010, LJN BM9784 (art. 81 RO).

overeenkomsten, en art. 340 WEU, betreffende de buitencontractuele aansprakelijkheid van de Unie), maar het Hof van Justitie heeft ook daarbuiten op basis van de verdragen rechtspraak ontwikkeld die voor het privaatrecht van groot belang is. Enerzijds heeft het Hof een aantal centrale bepalingen van het verdrag aldus uitgelegd dat zij rechtstreeks van toepassing zijn geworden op rechtsverhoudingen tussen burgers, anderzijds heeft het algemene beginselen van Unierecht ontwikkeld, die ook het privaatrecht beïnvloeden.

In § 2 wordt ingegaan op verschillende aspecten van horizontale werking. Dit begrip wordt allereerst onderscheiden in directe horizontale werking en indirecte horizontale werking.

Onder directe horizontale werking wordt in dit preadvies verstaan dat een verdragsbepaling of een algemeen beginsel van Unierecht rechtstreeks van invloed is op rechtsverhoudingen tussen particulieren, dat wil zeggen dat de bepaling of het beginsel leidt tot het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van rechten en verplichtingen in hun onderlinge verhouding. Dat kan onder meer betekenen dat wegens strijd met een verdragsbepaling een door partijen gesloten overeenkomst nietig is of een gedraging van een burger een onrechtmatige daad jegens een andere burger oplevert.

Vervolgens worden drie figuren behandeld die wel met de term indirecte horizontale werking worden aangeduid:

1. de verwezenlijking van de verdragsbepaling in privaatrechtelijke verhoudingen door middel van de interpretatie van een nationale wetbepaling;
2. de uit een verdragsbepaling in verbinding met art. 4 lid 3 VEU (loyaliteit binnen de Unie) afgeleide verplichting van de lidstaten om aan de verdragsbepaling effect te verlenen in horizontale verhoudingen ('positieve verplichtingen'); en
3. de rechtmatigheidstoetsing van nationale wetgeving aan het Unierecht in een procedure tussen particulieren.

Van deze verschijningsvormen van horizontale werking worden enkele voorbeelden gegeven.

In de volgende paragrafen wordt uiteengezet wat de consequenties zijn voor het nationale privaatrecht van de horizontale werking van het primaire Unierecht. Daarbij worden waar mogelijk zowel de directe horizontale werking als de behandelde vormen van indirecte horizontale werking belicht.

Achtereenvolgens komen aan de orde het mededingingsrecht (inclusief het staatssteunrecht), de vrijverkeerbepalingen ('fundamentele vrijheden'), de verdragsbepalingen inzake discriminatie, de algemene beginselen van Unierecht en de ambtshalve toepassing. Zo veel mogelijk worden, na korte inleidende opmerkingen over de stand van het Unierecht, de horizontale rechtsgevolgen daarvan in het Nederlandse recht geschetst op het gebied van het algemene contractenrecht, de onrechtmatige daad, de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking.

Uiteraard worden de onderwerpen uitsluitend behandeld voor zover van belang in het kader van dit preadvies. Zo wordt bij het mededingingsrecht niet ingegaan op de vereisten voor de toepasselijkheid van art. 101 en 102 VWEU, maar op de vraag

welke consequenties de toepasselijkheid van deze (direct horizontaal werkende) bepalingen heeft voor het nationale vermogensrecht, met name op het gebied van de nietigheden, de onrechtmatige daad, de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking. De vraag is steeds hoe het nationale recht (hetzij specifieke wetsbepalingen, hetzij de open normen van het nationale vermogensrecht) moet worden toegepast in gevallen die worden bestreken door direct horizontaal werkende bepalingen of beginselen van Unierecht.

§ 3 en § 4 handelen over het mededingingsrecht (inclusief het staatssteunrecht). De directe horizontale werking van art. 101 VWEU blijkt te leiden tot rechtsgevolgen op het gebied van het contractenrecht, de onrechtmatige daad, de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking. Met name de invloed op het gebied van het contractenrecht (nietigheid) leidt tot gecompliceerde vervolgvragen ter zake van partiële nietigheid, conversie, bekrachtiging en samenhangende rechtsverhoudingen. De problematiek speelt in de nationale rechtspraak een toenemende rol sinds de inschakeling van de burgerlijke rechter bij de handhaving van het mededingingsrecht in 2003. Bij de onverschuldigde betaling en de onrechtmatige daad is voor de praktijk de belangrijkste vraag die naar de geoorloofdheid van het doorberekeningsverweer. Althans in Nederland; in Engeland is het daar toegepaste (en in Nederland niet aanvaarde) adagium *nemo auditur in conflict* gekomen met het Unierecht.

Het staatssteunrecht is voor ons onderwerp niet van direct belang, omdat het daar niet horizontale maar verticale verhoudingen betreft: de toepasselijke verdragsbepalingen richten zich tot de lidstaten, niet tot particulieren. Niettemin is om twee redenen een korte behandeling interessant. In de eerste plaats zijn de nietigheidsvragen die hier rijzen (in de verhouding overheid/gesteunde onderneming) vergelijkbaar met de soortgelijke vragen in het kader van art. 101 VWEU. In de tweede plaats heeft het Hof hier expliciet geattendeerd op de mogelijkheid van indirecte horizontale werking, in die zin dat het Europeesrechtelijke verbod een rol kan spelen bij de beoordeling naar nationaal recht van de onrechtmatigheid van het gedrag van de gesteunde onderneming jegens zijn door de staatssteun geschade concurrenten.

De hierboven genoemde rechtspraak van het Hof waarbij directe horizontale werking is toegekend aan een aantal verkeersvrijheden, komt aan de orde in § 5. In verschillende uitspraken heeft het Hof van Justitie aan de vrijheden die betrekking hebben op het personen- en dienstenverkeer directe horizontale werking toegekend. Verschillende uitspraken wijzen erop dat het Hof directe horizontale werking ontzegt aan de bepalingen inzake de vrijheid van goederenverkeer (art. 34 VWEU en art. 35 VWEU, betreffende invoerbeperkingen resp. uitvoerbeperkingen); wel is daar indirecte horizontale werking erkend in de zin van op de lidstaten rustende 'positieve verplichtingen' om de verdragsvrijheden ten behoeve van particulieren door actief optreden te waarborgen. Over de vrijheid van kapitaalverkeer bestaan nog geen uitspraken.

De directe horizontale werking kan leiden tot nietigheid van met de verdragsbepalingen strijdige rechtshandelingen (contracten, statuten en reglementen) en tot onrechtmatigheid van feitelijke gedragingen (bijvoorbeeld een staking gericht tegen een onderneming die van haar vrijheden gebruik wil maken).

In de Nederlandse rechtspraak speelt de directe horizontale werking van de verkeersvrijheden nog geen rol. De indirecte horizontale werking is bekend, waar het gaat om toetsing van de rechtmatigheid van wetgeving – ook wetgeving van privaatrechtelijke aard – aan de verdragsbepalingen in een geding tussen particulieren.

§ 6 behandelt de twee verdragsbepalingen inzake discriminatie, waaraan door het Hof directe horizontale werking is toegekend. Een daarvan, art. 157 VWEU, inzake gelijke beloning voor mannen en vrouwen, is in Nederland via wetgeving geconcretiseerd.

Het hoogst actuele onderwerp van de invloed van de algemene beginselen van Unierecht op het privaatrecht komt in § 7 aan de orde. Naar Europees recht kan aan bepaalde algemene beginselen hetzij directe, hetzij indirecte horizontale werking toekomen. In de nationale rechtspraak is dat nog niet of nauwelijks aan de orde geweest.

Ten slotte gaat § 8 in op de ambtshalve toepassing van bepalingen die tot nietigheid van rechtshandelingen of bedingen daarin kunnen leiden. Een bevoegdheid of verplichting tot ambtshalve toepassing van een bepaling van Europees recht kan zowel bestaan bij primair als bij secundair Unierecht. Bij het eerste moet vooral gedacht worden aan art. 101 lid 2 VWEU: de verplichting tot ambtshalve toepassing daarvan is door het Hof van Justitie erkend, maar zij speelt in de praktijk tot nog toe geen rol van betekenis. Dat is anders met de verplichting tot ambtshalve toepassing van richtlijnbevestigingen, beter: van nationale wetsbepalingen die daarvan de implementatie vormen. Te denken is vooral aan de rechtspraak van het Hof inzake de richtlijn oneerlijke contractbedingen. Hoewel het preadvies voor het overige alleen over primair Unierecht handelt, is in dit hoofdstuk ook aandacht besteed aan de problematiek van de richtlijnen, omdat het nuttig kan zijn om beide verschijningsvormen van de verplichting tot ambtshalve toepassing met elkaar te vergelijken. In de Nederlandse rechtspraak is reeds terdege aandacht besteed aan de ambtshalve toepassing van de richtlijn oneerlijke contractbedingen, maar nog nauwelijks aan de ambtshalve toepassing van art. 101 en 102 VWEU.